Consumer and Corporate Affairs Canada
Consommation et Affaires commerciales Canada

PREDATORY PRICING ENFORCEMENT GUIDELINES

Director of Investigation and Research

Competition Act

Canada

The Director of Investigation and Research is responsible for the administration and enforcement of the *Competition Act*, legislation which is designed to maintain and encourage competition in Canada. This document sets out the Director's enforcement guidelines for predatory pricing as it is defined by section 50(1)(c) of the *Competition Act*.

To obtain copies of this document or additional information on the subjects discussed in it, readers may contact the Compliance and Coordination Branch of the Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Ontario, K1A OC9, (819) 994-0798. Alternatively, readers may contact one of the offices listed at the end of this document.

Predatory Pricing Enforcement Guidelines
Director of Investigation and Research
Competition Act

Text Pages Printed
on recycled paper

Cette publication est également disponible en français

© Minister of Supply and Services Canada 1992

ISSN 0836-0359
ISBN 0-662-58953-X
Catalogue No. RG 54-2/6-1992
CCAC No. 10609

PREFACE

The criminal sanction against predatory pricing has been part of Canada's competition law for over 50 years. Section 50(1)(c) of the *Competition Act*, as the provision is now known, reflects the concern that certain unfair pricing methods should not be used in the short run to diminish competition and the benefits which flow from it in the long run. This type of undesirable pricing behaviour is known as "predatory pricing".

Placing a criminal ban on a range of price competition, as section 50(l)(c) does, carries with it the risk that business persons may, because of uncertainty about the application of the law, refrain to some extent from engaging in price competition which would be healthy and beneficial. This is heightened by the globalization of markets and increased foreign competition. It is important to ensure that the enforcement policy for predatory pricing does not have a chilling effect on price competition. At the same time there has been little jurisprudence to guide lawyers and business persons as to when they might run afoul of the law.

Therefore, it was determined that, as part of our Program of Compliance, it would be helpful to publish guidelines to clarify the enforcement policy of the Director of Investigation and Research with respect to section 50(1)(c) to ensure that members of the public better understand the circumstances which may lead to an investigation under the Act.

These Guidelines address a number of key issues raised by the provision but they cannot anticipate all questions that may arise in the marketplace. They may be updated from time to time to account for future developments in law and policy.

Howard I. Wetston, Q.C.
Director of Investigation and Research
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada

INTERPRETATION

These Guidelines supersede all previous statements made by the Director of Investigation and Research or other officials of the Bureau of Competition Policy that may differ from anything stated herein.

This document provides the general approach that is taken to the investigation of predatory pricing complaints under section 50(1)(c) of the *Competition Act*. It is not a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. Guidance regarding a specific situation may be requested from the Bureau through its Program of Advisory Opinions. The Guidelines are also not intended to bind or affect in any way the discretion of the Attorney General in the prosecution of matters under the Act. Nor are they intended to be a substitute for the advice of legal counsel. They do not represent a significant change in enforcement policy or a restatement of the law. Final interpretation of the law is the responsibility of the courts.

For the sake of brevity the following terms are used throughout these Guidelines:

- "The Act" refers to the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c.C-34, as am. R.S.C. 1985, c.27 (1st Supp.), ss. 187, 189; R.S.C. 1985, c.19 (2nd Supp.), Part II; R.S.C. 1985, c.34 (3rd Supp.), s.8; R.S.C. 1985, c.1 (4th Supp.), s.11; R.S.C. 1985, c.10 (4th Supp.), s. 18; S.C. 1990, c.37 ss. 27-32.

- "The Director" refers to the Director of Investigation and Research of the Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada.

- "The Guidelines" refers to this publication, the Predatory Pricing Enforcement Guidelines.

- "Part" refers to a part of these Guidelines.

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY i

PART 1: PREDATORY PRICING 1

1.1 Predatory Pricing Theory 1
1.2 Enforcement Perspective 1
1.3 The Statutory Provision 2
1.4 Elements of the Offence 2
1.5 Relevant Jurisprudence 3

PART 2: ENFORCEMENT GUIDELINES 5

2.1 General Remarks 5
2.2 "Unreasonably Low" Prices – The Threshold Factor 5
2.2.1 The First Stage – Market Power 6
2.2.1.1 Market Shares and Concentration 6
2.2.1.2 Conditions of Entry 7
2.2.2 The Second Stage – Price/Cost Comparisons 10
2.3 "Policy of Selling" 11
2.4 The Competitive Impact 12

APPENDIX 1: CASE STUDIES 14

APPENDIX 2: HOW TO CONTACT THE BUREAU OF COMPETITION POLICY 20

EXECUTIVE SUMMARY

WHAT CONSTITUTES "PREDATORY PRICING"

In Part 1, the Guidelines discuss the meaning and significance of predatory pricing in the context of section 50(1)(c) of the *Competition Act*. In general terms, predatory pricing is a situation where a dominant firm charges low prices over a long enough period of time so as to drive a competitor from the market or deter others from entering and then raises prices to recoup its losses. While predatory pricing is frequently alleged, relatively few matters have led to formal inquiries by the Director or referral to the Attorney General for prosecution.

After presenting the basic elements of an offence under section 50(1)(c), Part 1 proceeds to a summary of the salient features of the jurisprudence in the two cases of record under this provision, *Hoffman-La Roche* and *Consumers Glass*. Although these cases do not provide a comprehensive analysis of the meaning of all the elements of the provision, they do give general guidance on the circumstances that would lead to a finding of "unreasonably low" prices, the main issue in the assessment of predatory pricing complaints. This case law provides that while price/cost comparisons are an important element in determining unreasonably low prices, they are not necessarily determinative unless the price is clearly above cost.

ENFORCEMENT GUIDELINES

Part 2 outlines the approach taken by the Director in examining complaints of predatory pricing. The assessment of whether the prices under review are "unreasonably low" is the initial focus. This involves a two-stage analysis. The first stage is to determine whether the alleged predator has market power, the ability to unilaterally affect industry pricing. At the outset of an examination the Director often uses as a rough proxy a market share of 35 percent, below which it is unlikely an alleged predator possesses market power. Also considered is the total number of sellers in a market, the degree of size inequality among firms and the trend of market shares over time. These are preliminary indicators of market power.

A fuller appreciation of market power is obtained when the Director proceeds to the analysis of the conditions of entry in the market(s) under examination. If a number of factors combine to suggest that entry would be relatively difficult this would strengthen the Director's concern that the pricing behaviour of the alleged predator could cause harmful long-term anti-competitive effects in the market. The Guidelines present and discuss the two general categories of entry conditions which are the focus of analysis: cost advantages and sunk costs.

If a firm has market power, then the examination of unreasonably low prices proceeds to the second stage to consider the relationship of price to the underlying cost of production. Three rules of thumb are employed. First, a price at or above the average total cost of the alleged predator will not be regarded as "unreasonably low" by the Director, regardless of how much market power is possessed by the alleged predator. Second, a price set below the average variable cost of the alleged predator is likely to be regarded as "unreasonably low" by the Director, unless there is a clear justification, such as the need to sell off perishable inventory. Finally, if prices fall somewhere between average total cost and average variable cost (the "grey range"), a number of surrounding factors are considered, including the strength of demand, the existence of excess capacity and direct or indirect evidence of intent to use pricing for an anti-competitive purpose.

The next element considered in the Guidelines is whether the prices of the alleged predator constitute a "policy of selling". Here, the Director looks for evidence that the prices are part of a deliberate corporate program of pricing in the market and that they are in effect for a significant duration of time.

The Enforcement Guidelines conclude with a brief presentation of the meaning applied by the Director to the competitive impact of the offence described by the phrase "having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect."

PART 1
PREDATORY PRICING

1.1 PREDATORY PRICING THEORY

The concept of predatory pricing is best illustrated by a dominant firm in a market setting its prices so low, over a long enough period of time, that it may drive one or more of its competitors from the market, or deter other companies from entering the market, or both. Following the exit of competitors from the market, or upon successfully deterring new entry, the predator is expected to raise prices significantly in an attempt, in the now less-competitive market it had created, to recover the costs incurred (i.e., losses or forgone profits) during the period of predation.

This is precisely the type of conduct that the Director seeks to identify in response to situations brought forward for examination under the statute. Although such pricing behaviour does confer some benefits to the purchasers in the market during the period of predation, those benefits will be transitory or short-term, and eventually outweighed by increased costs during the period of recoupment.

In the years since the enactment of the statute, enforcement experience and developments in economics have produced an analytical framework which helps to identify pricing behaviour which is truly harmful to competition, as distinct from that which does not require corrective action. As a result, predatory pricing, which is subject to the competition laws of many nations, has become a better understood phenomenon internationally in more recent times, and its treatment from a competition policy viewpoint now benefits from a more cohesive, analytical approach.

1.2 ENFORCEMENT PERSPECTIVE

Historically, the Director has received few predatory pricing complaints which justified referral to the Attorney General of Canada for prosecution. In short, pricing behaviour of the sort prohibited by the statute has proven to be a rare rather than a common occurrence in Canada. For example, in the period 1980 to 1990 the Director received some 550 complaints alleging an offence under the predatory pricing provisions. Of those complaints, only 23 resulted in formal inquiries under the Act, four were referred to the Attorney General, and only three resulted in the laying of charges[1].

1 In one case, the accused was acquitted (*R. v. Consumers Glass Co.* (1981), 33 O.R. (2d) 228) and in another (*R. v. Bristol-Myers Canada Limited*) charges were withdrawn at the preliminary hearing. The third case (*R v. École de conduite Tecnic Aubé Inc. et al.*) is still before the courts. The *Hoffman-La Roche* case commenced prior to 1980. It is discussed in part 1.5.

In addition to section 50(1)(c), the *Competition Act* contains a non-criminal provision, section 79, which can be used to address abuses of market power by means of a broad range of anti-competitive acts, including predatory pricing behaviour. Section 79 gives the Competition Tribunal, a specialized body composed of judges and lay members, authority to impose remedies that are reasonable and necessary to overcome the effects of anti-competitive practices. Thus, given that predatory pricing may be dealt with under section 79 or section 50(1)(c), the Director will adopt an enforcement approach that is appropriate to the particular facts of each case. Where predatory pricing behaviour is used in conjunction with other types of anti-competitive acts, or where a more effective remedy can be obtained from the Competition Tribunal to correct the anti-competitive effects of the practices at issue in a particular case, the Director will generally choose to proceed under section 79 rather than under section 50(1)(c). The market power analysis set out in the following pages of these Guidelines can be readily applied to the statutory language of section 79 when addressing predatory pricing behaviour.[2]

1.3 THE STATUTORY PROVISION

Section 50(1)(c) of the *Competition Act* states:

> "Everyone engaged in a business who ...
> (c) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect,
> is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years."

As set out in section 1.1, the *Competition Act's* purpose "is to maintain and encourage *competition* in Canada" (emphasis added). Section 50(1)(c) of the Act is consistent with this purpose by prohibiting those forms of pricing behaviour which, though they may provide short-term benefits to buyers in a particular market, are designed to frustrate and interfere with the process of competition in the longer term, an outcome ultimately detrimental to consumers.

1.4 ELEMENTS OF THE OFFENCE

The statute sets out a number of elements which must be satisfied for an offence to

2 Section 36 of the *Competition Act* provides a right of private action. In 1989, the Supreme Court of Canada upheld the constitutional validity of this provision (*General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Quebec Ready-Mix Inc. v. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 S.C.R. 698). Individuals or corporations may wish to explore this avenue of redress if they are of the view that damage has been suffered as a result of conduct contrary to the criminal provisions of the Act, including section 50(1)(c). The Director would appreciate being informed of any such actions.

have been committed. The alleged predator must be shown to be "engaged in a business". The prices at issue must be "unreasonably low". They must be part of a "policy of selling." They must be shown to be "designed to" or to have "the effect or tendency of" bringing about one of two effects; to wit, "substantially lessening competition or eliminating a competitor." From an enforcement standpoint, all elements must be met, and no case can proceed without each element being satisfied. However, the threshold issue in a predatory pricing complaint is the reasonableness of the prices themselves.

1.5 RELEVANT JURISPRUDENCE

The jurisprudence with respect to section 50(1)(c) is restricted to two contested cases, each of which has provided guidance in the formulation of the Director's enforcement policy.

In the *Hoffman-La Roche*[3] case, a conviction was obtained concerning a drug give-away policy which was designed to limit the entry of competitors. The Court stated categorically that: "[i]f an article is sold for more than cost, it can never be held to be "unreasonable".[4] At the same time, it made clear that one may not infer, simply from the relationship between prices and costs, whether or not a price is "unreasonably low." Rather, the Court held that even in instances of below-cost pricing there could be numerous other factors affecting that evaluation, including the duration of the prices, the competitive circumstances (i.e., whether the prices were offensive or defensive in nature) and the existence of legitimate long-term economic benefits accruing to the seller from such pricing. In essence, the Court recognized that while price/cost comparisons are an important ingredient, they are not necessarily determinative unless the price is clearly above cost.

A second key element dealt with in *Hoffman-La Roche* had to do with intent. The Court found that the accused's pricing policy was "designed" to be predatory from a number of factors, including the magnitude of the price cuts and the losses thereby incurred, the narrative contents of internal company records, and the absence of any other rationale for the price cuts. The Court did not have direct evidence of intent; rather, circumstantial evidence was sufficient to determine predatory intent.

Finally, the Court acknowledged that the many factors described as making up the offence of predatory pricing should not be treated as mutually exclusive, but are related and interdependent.

3 *R. v. Hoffman-La Roche*, (1980), 28 O.R. (2d) 164; affirmed (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.).
4 *Id.* at 200.

The second contested case, *Consumers Glass*[5], focussed on the question of whether or not the prices were "unreasonably low", and on conflicting economic theories about what should constitute the appropriate price/cost comparison for purposes of determining reasonableness. The Court found that the accused's prices were at all times greater than average variable cost (but below average total cost).[6] In addition, the industry was suffering from chronic over-capacity. In light of these facts and because the accused was simply minimizing losses, the Court declined to convict. As in *Hoffman-La Roche*, *Consumers Glass* affirmed that, while price/cost comparisons are an important element in determining price reasonableness, the context within which prices are being applied is also of considerable importance.

An important theme of the judgement in *Consumers Glass* is that the law against predatory pricing should not interfere with legitimate competition. For example, the Court observed that it is possible for a competitor to be eliminated from the market without offending the law:

> "The whole object of competition is to maximize profits by taking as much business as possible away from rivals, and so the mere fact one competitor lowers prices so as to take business away from a rival to the point that the rival might be forced from the marketplace cannot, by itself, determine whether predatory pricing was involved."[7]

While the Guidelines reflect the law developed to date in these cases, it is apparent that the Courts have had limited opportunity to interpret this provision. Accordingly, the Guidelines are intended to supplement the jurisprudence by providing the Director's enforcement policy regarding the section.

5 *Consumers Glass*, *supra* note 1.
6 See part 2.2.2 for an explanation of these terms.
7 *Consumers Glass*, *supra* note 1, at 247.

PART 2
ENFORCEMENT GUIDELINES

2.1 GENERAL REMARKS

The typical predatory pricing complaint received by the Director comes from an industry participant that says, in effect, that its competitor's prices are so low that they are going to drive it (and possibly others) from the market, following which the alleged predator will raise its prices and recoup the losses incurred during the period of alleged predation. In essence, the complainant lays out a set of suggested facts, and asks the Director to assess the likely outcome of the alleged predation.

The purpose of the assessment is to distinguish predatory pricing from otherwise vigorous and desirable price competition. The analysis emphasizes the presence of, or potential for, market power. Market power means the ability to maintain industry prices above competitive levels for a significant period of time. The analysis seeks to determine if, after a period of low pricing, the alleged predator would be able to raise prices and recoup losses (or forgone profits), unconstrained by competition in the future.

2.2 "UNREASONABLY LOW" PRICES – THE THRESHOLD FACTOR

A critical issue in a predatory pricing case is whether or not the prices which are the subject of the complaint can be said to be "unreasonably low." While it is true that they must also be part of a "policy" of pricing and that they must bring about, or be designed to bring about, one of the harmful effects described in the section, the reasonableness of the prices themselves is the threshold issue.

The jurisprudence makes it clear that the determination of price reasonableness is not a simple matter of comparing the alleged predator's prices and costs. Rather, it is important to know a great deal about the context within which the alleged predator and rival firms are competing with one another. Was the alleged predator responding to price cuts of a rival firm, or did the alleged predator initiate them? How long were the prices in effect in the market? Was there chronic excess capacity in the industry resulting in firms (including the alleged predator) offering prices which could fairly be described as loss-minimizing in an effort to remain viable and retain market share?

While precise price/cost data applicable to the alleged predator may not be readily available to the Director at the outset of a typical investigation, often much of the

evidence needed to determine the likelihood of predation can be obtained, in whole or in part. The Director begins his analysis of a predatory pricing complaint by gathering evidence of the type which both *Hoffman-La Roche* and *Consumers Glass* considered in their overall determination of price reasonableness. In doing so, the Director attempts to evaluate whether or not the suggested prices are "unreasonably low" by undertaking a two stage analysis. First, by considering market characteristics, such as, seller concentration and the conditions of entry, which are indicative of the existence of, or the potential for building, market power. Second, by confirming that prices are indeed unreasonably low by evaluating the relationship between the alleged predator's prices and costs. The first stage analysis is undertaken to determine whether it is plausible that this pricing could achieve the anti-competitive effects described in section 50(1)(c) of the Act. If the Director concludes that this is unlikely, no further investigation occurs. In the alternative, the Director would proceed to the second stage, a price/cost analysis.

2.2.1 THE FIRST STAGE – MARKET POWER

2.2.1.1 MARKET SHARES AND CONCENTRATION

By its very nature, price predation presumes that the alleged predator possesses sufficient market power to unilaterally impose price levels on the market long enough to harm its rivals financially, and to recoup any losses incurred in that process once its rivals have been forced to exit the market. Therefore, it is very important for the Director to gain a good working understanding of the extent to which the alleged predator may be able to unilaterally affect industry pricing.

At the start, the market itself needs to be defined. This is done both with respect to the product(s) and to the geographical area(s) being contested and involves identifying all actual and potential sources of competition that may constrain the exercise of market power by the alleged predator. In general, the factors considered in defining the market include, on the demand side, the willingness of buyers to switch to substitute products or to the same product sold in other areas, and on the supply side, whether new entry would likely occur through the construction of facilities, the adaptation of existing facilities, or the sale of the product from distant areas. Further information on procedures followed by the Director in defining markets is contained in the Director's Merger Enforcement Guidelines, part 3, "Market Definition" (pp.7-14).

Next, at this preliminary stage of an examination, the Director generally uses the market share of the alleged predator as a tentative indicator of market power. It is unlikely that an alleged predator with a market share of less than 35 percent would

have the ability to unilaterally affect industry pricing[8]. The greater the market share or the more disparate the size inequality between the alleged predator and other competitors may be, the more likely the alleged predator has market power. This is less likely if the market is characterized by a relatively large, effective and vigorous competitive fringe of smaller firms vying with the alleged predator or where there have been significant recent changes in market shares and market rankings of the leading firms in the market. The closer the market moves towards being one characterized by a large dominant seller (i.e., the alleged predator) with few vigorous competitors, the more likely it is that further examination will take place.

In all cases, the assessment of market shares and concentration is only the starting point of the Director's examination and so is not determinative in itself of a finding that market power exists. A conclusive finding depends on the assessment of the conditions of entry into an industry.

2.2.1.2 CONDITIONS OF ENTRY

General Approach — In the context of a predatory pricing complaint, it is necessary to determine whether or not the alleged predator appears to have the power to recoup its initial losses by raising prices to above-normal levels once its target/rival has been driven from the market. This determination depends, to a considerable extent, on an assessment of the conditions surrounding effective entry to the industry, including potential for re-entry by any rivals forced out by the alleged predatory pricing behaviour, or expansion by existing firms. In this phase of the examination the Director tries to identify circumstances and conditions which may impede effective entry. The approach to entry conditions is discussed in more detail in the Director's Merger Enforcement Guidelines, part 4.6, "Barriers to Entry" pp. 33-36 and Appendix I.

Essentially, the Director tries to determine whether or not attempted recoupment by the alleged predator, through price increases following the exit of a rival or rivals, would, within two years, invite entry into the industry on a sufficient scale to ensure that price increases could not be sustained. This appears the appropriate period of time in most industries to put in place what is required to achieve a level of sales sufficient to effectively constrain a predator's price increases, post predation.

If a number of factors combine to suggest that entry to the industry would be less likely or more difficult, this would strengthen the Director's concern that the pricing

8 An exception would be where a firm has a market share of less than 35 percent but is able to build and entrench market power through strategic behaviour. Strategic behaviour is an example of sunk cost impediments to entry discussed in Part 2.2.1.2.

behaviour of the alleged predator could have the potential to cause harmful long-term anti-competitive effects in the market. If, on the other hand, it would appear that entry or expansion would likely occur on a sufficient scale to constrain the ability of the alleged predator to recoup its initial losses at a later time, the Director would have less concern. Of course, whether or not the Director should consider the matter further will depend on the second stage analysis which determines if the alleged predator's prices reflect inherent cost advantages or are below its costs.

The assessment of the conditions of entry emphasizes an examination of whether entry is likely to be delayed or hindered by the presence of absolute cost differences or the need to make investments that are not likely to be recovered if entry is unsuccessful (known as "sunk cost" investments).

Cost Advantages — Incumbent firms can gain important cost advantages relative to potential entrants through a variety of sources. One type of barrier might well be institutional in nature, such as tariffs or non-tariff barriers to international trade.

Similarly, interprovincial barriers to trade and regulatory control over entry may present potential entrants with considerable, and in some cases insurmountable barriers to entry. For example, the necessity to obtain approval from a government regulatory body, as a condition of entry to a market or industry, might well pose a barrier, both in terms of the cost associated with seeking such approval and the anticipated financial consequences of an unsuccessful application.

A scarcity of production inputs, or a lack of access to necessary technology, could also represent an important cost disadvantage to potential entrants. In some cases, necessary inputs and technology may well be controlled by existing industry members, including the alleged predator. The firms may be integrated to such an extent that they significantly control the sources of raw materials used in the down-stream production processes, or possess patent rights to products and processes necessary to the most efficient production of the goods in question. Such controls, however legitimately they have been obtained, may nevertheless represent obstacles to the effective entry of competitors into the markets involved.

Sunk Costs — Entry to many industries involves various start-up costs that cannot reasonably be expected to be recovered in the event the new business might fail. Such costs are referred to as sunk and may result from either the need to make investments in market specific assets, the need to overcome product differentiation-related advantages enjoyed by incumbent firms, or to overcome disadvantages presented by the strategic behaviour of incumbent firms.

Sunk costs can impede entry in two ways. First, they may be so significant relative to total entry costs and expected rates of return that they deter entry altogether, or prolong the time required to become an effective competitor. Second, though they may fall short of absolute deterrence, they may lead business to decide on entry at a reduced scale, in an effort to minimize financial risk. This latter circumstance may in turn result in entry which, because it is at a sub-optimal level, does not represent effective competition to the existing market participants.

A common form of sunk costs involves the need to invest in market specific assets; for example, in some manufacturing industries the highly sophisticated, specialized equipment dedicated to the production of unique products may have little or no appreciable value outside the specific application for which they are intended. Where such sunk costs represent a significant part of the investment needed for entry or expansion, they are viewed by potential entrants as being higher risk investments than, for example, a fleet of trucks or simple warehouse facilities, which have broader market end uses and could be disposed of on favourable terms in the event that the contemplated entry proved to be unsuccessful.

The presence of significant economies of scale or scope in an industry are two types of production conditions which also can potentially hinder entry by increasing the importance of operating at optimal size and product mix. Economies of scale means that unit costs are lower the more that is produced. Economies of scope refers to the joint production of two or more products being cheaper than producing each product singly and separately.

Entry at the level that would take advantage of available economies of scale or scope may, in some cases, carry with it capital costs which are relatively high in relation to the financial resources of the entrant. This may pose a barrier in some cases when a large proportion of these costs are sunk. In addition, the contemplated scale of operations may be so large that, even if capital barriers are not a factor, the time required for investment and development may effectively hinder entry.

Sub-optimal entry, though it may permit the entrant to reduce the capital outlay and shorten the entry period, may simply result in the entrant being relatively ineffectual, because of cost disadvantages, in serving as a check on the ability of the predator to impose higher price levels on the market.

In any given industry there may be a number of well established buyer/seller relationships which promote product differentiation advantages. To some extent these relationships may be determined by price, but it may also be the case that even while price may be a major factor, other non-price factors such as technical service,

reputation, geographic proximity, and even strong personal bonds may weigh heavily in the buyer's purchasing decisions. Where such non-price factors appear to an entrant to be significant in terms of quickly attaining the level of sales required to succeed, they may well pose a significant hindrance which would not be present, for example, in an industry where sales levels depended only on successful competition within a tendering process which was exclusively price-driven.

Another type of entry impediment involves strategic behaviour. This refers to conduct that firms would not adopt but for the adverse effect it is expected to have on its rivals or potential entrants. Strategy of this nature may allow firms to build or entrench market power. Here, in assessing whether the alleged predator's ability to raise prices during the post predatory period will be constrained by effective entry, the Director will focus on whether entry will be impeded or delayed by actions such as the following:

- incumbents having signalled through responses to past entry initiatives that existing excess capacity will be employed to depress prices in response to an attempt to enter;
- excessive investment in R&D, or advertising by incumbents;
- existing exclusive dealing or tying arrangements.

Further examples of sunk costs can be found in the Director's Merger Enforcement Guidelines, Appendix I.

2.2.2 THE SECOND STAGE – PRICE/COST COMPARISONS

If a firm has market power, the Director then addresses the question of whether the price is at a level low enough to be considered "unreasonable." To do this the Director uses a price/cost comparison test which assumes that, absent unusual circumstances, a firm will continue to operate only if it makes a contribution to its fixed costs of operation. The Director performs the price/cost comparison based on two considerations. First, a price set at or above the average total cost of the alleged predator will not be regarded as "unreasonably low" by the Director, regardless of how much market power is possessed by the alleged predator. Second, a price set below the average variable cost of the alleged predator is likely to be regarded as "unreasonably low" by the Director, unless there is a clear justification such as the need to sell off perishable inventory.

For the above purposes, average variable cost includes the costs of labour, materials, energy, promotional allowances, use-related plant depreciation and all other costs

that vary with the levels of output. Average total cost is the sum of average variable cost and average fixed costs; that is, costs associated with investment in real plant and machinery and any other fixed assets which do not vary with output produced. Whenever possible the analysis will be based on reasonably anticipated, rather than book (historical) average variable costs. This distinction recognizes that price may sometimes fall below average variable costs for unanticipated reasons such as a shortage of materials or a labour strike. Some industries have well-developed costing methodologies which identify forecast-based costs such as prospective incremental costs. Where this is an accepted industry standard, it will be used by the Director in preference to book average variable cost.

With regard to prices set somewhere between average total cost and average variable cost (the "grey range"), the Director's conclusion about their reasonableness will depend on the surrounding circumstances. For example, a price in the "grey range" may be reasonable in circumstances of declining demand or substantial excess capacity in the market, even if it is associated with the exit of other firms. On the other hand, a price within this range would be regarded as unreasonable if there was proof that the accused was ignoring opportunities to raise prices in the face of increasing demand, or there was direct evidence of the firm's intent to use pricing for an anti-competitive purpose.

While a complainant may be able to provide valuable evidence at the outset about the alleged predator's pricing behaviour (it is not uncommon for the Director to be provided with copies of price lists, price change announcements, bulletins, etc.), and compare that to the complainant's own cost structure, it will seldom be completely evident to the Director what the exact relationship is between the alleged predator's prices and costs. For this reason the two stage approach to the investigation of the "unreasonably low" element of section 50(1)(c) is particularly helpful. However, where the evidence sought in the first stage is insufficient, that does not mean that the Director may not infer the likelihood of unreasonably low prices from the totality of the circumstances, including such factors as evidence of predatory intent or the manner and extent of elimination or exclusion of competitors by pricing practices.

2.3 "POLICY OF SELLING"

It is not sufficient for the Director to conclude, based on the factors outlined above, that an offence has been committed only if the alleged predator's prices are "unreasonably low." In addition, the Director must be able to conclude from the evidence that the alleged predator is engaged in a "policy of selling" at such prices.

In this regard, the Director will be looking for evidence that the alleged predatory prices are not competitive expedients[9] of brief duration, that they are not simply defensive reactions to the pricing initiatives or behaviour of other firms, or that they are not randomly occurring events attributable to specific business circumstances extant in the market at any given point in time.

The Director will be looking for evidence to determine whether the prices in question have resulted from, and are part of, a deliberate corporate program of pricing in the market, that the prices are applicable throughout the market being contested by the complainant firm(s), and that their applicability is of sufficient duration to constitute a price offering in the context of the given market.[10]

Thus, complaints made about a particular price which applies to one, or relatively few, market transactions are unlikely to satisfy this test. Similarly, prices which may have applied generally in the market, but for a relatively short period of time, are likely to (but will not necessarily) fall short of representing the sort of "policy of selling" contemplated in section 50(1)(c). On the other hand, in markets in which the bulk of purchasing is done over a short period of time, such as seasonal markets and those in which infrequent large tender calls constitute a significant portion of market transactions, the Director may well conclude that prices applicable over a short duration may be reflective of a "policy of selling" as contemplated in the statute.

2.4 THE COMPETITIVE IMPACT

If the Director's examination concludes that the alleged predator is engaged in a "policy of selling at prices unreasonably low," then the Director goes on to assess whether the remaining element of the offence is satisfied. As observed by the Court in *Hoffman-La Roche*, it is recognized that the analysis and evidence relevant to these alternatives will often be similar to what has already been considered with respect to showing unreasonably low prices.

The statute bans unreasonably low pricing behaviour "having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect." This part of the statute clearly contemplates a number of separate and different scenarios, each of which will be examined by the Director seeking answers to the following questions:

---

9 This is the interpretation of "policy" taken by the Court in *The Queen v. The Producers Dairy Limited* (1966, unreported), Ont. C.A.

10 The Court in *Hoffman-La Roche* found that to construe any particular course of pricing action as a "policy of selling" it must be established that such course of action was planned and deliberate conduct by responsible employees of the company.

(a) Has the pricing behaviour had the effect of substantially lessening competition?
(b) Has it had the effect of eliminating a competitor?
(c) Does the pricing behaviour have the tendency to substantially lessen competition?
(d) Does it have the tendency to eliminate a competitor?
(e) Is there evidence that the pricing behaviour is or was designed to substantially lessen competition or eliminate a competitor?

In practical terms, questions (a) and (b) are addressed in circumstances where the objectionable pricing behaviour has already brought about demonstrable and measurable harmful economic effects. In considering substantial lessening of competition, the Director seeks confirmation that the effect of the pricing policy is to preserve or add to market power and that there is little opportunity for competition in the future because entry barriers are maintained or raised. In determining whether a competitor has been eliminated, the Director would want to be satisfied that a competing firm has gone out of business or is otherwise no longer in a position to constrain the ability of the alleged predator to raise prices.

Questions (c) and (d) are addressed in cases where the objectionable pricing behaviour has not been in place for a period of time sufficient to yet fully bring about these effects, and the Director is required to assess the likelihood that they will result over time.

Question (e) relates to situations in which there is evidence available with respect to harmful design or intent of the alleged predator in the pursuit of its pricing behaviour. Here, the Director examines a number of factors, including the magnitude of the price cuts and the losses thereby incurred, the absence of any other rationale for the price cuts and documentary and oral evidence which describe the intent of the alleged predator in carrying out these actions. This information will be considered in conjunction with an assessment of the ability of a party to realize an anti-competitive design. For example, evidence which may suggest an intent to lessen competition or eliminate a competitor, which is not backed up by the market power to realize these goals, is less likely to be pursued.

APPENDIX 1
CASE STUDIES

The following case studies illustrate how the Director would react in hypothetical fact situations. By focusing on the key elements set out earlier in these Guidelines, it is hoped that the reader will derive a better understanding of when and why the Director is likely to take enforcement action in particular cases.

CASE I

FACT SET:

It has been alleged by one of its competitors that Company A, a national wholesale distributor of a major brand of consumer electronics products, has been employing a policy of predatory pricing for the purpose of driving one or more of its rivals from the market. While there is no dominant distributor in the market, there are several well-entrenched firms similar to Company A, one of whom has more than a 35 percent share of the market. Company A, the third largest distributor, has 17 percent of the market at present, a decline of about 3 percent over the past two years.

Typically, each distributor of these electronics products is a relatively large multi-product firm, supplying a wide range of electronics goods to the retail market. In no case would the electronics products in question account for more than 20 percent of the total offerings of a given firm.

Each distributor maintains regional warehouse and delivery facilities in several Canadian cities, and employs commissioned sales agents operating in the field.

The customers in the market are retail outlets ranging in size from small independent stores to large national chains. The various competing brands of the products are somewhat differentiated in terms of both styling and operating features, but the major determining factor on the demand side of the market is price; that is, the retailer's purchasing decisions about competing brands offering more or less the same quality features are, historically, price-driven.

Company A, being aware of the complaint made to the Director by its competitor, has provided the Director with information which confirms that it recently lowered its prices considerably with respect to the electronics products in question. On the cost side, Company A provided information which indicates that the reduced prices have at all times been greater than its average total cost in respect of the products. Furthermore, it provided evidence showing that the short-run effect of the price

reduction has been to secure additional market share at the expense of several of its competitors, some of whom have held firm in respect of their own pricing policies.

DISCUSSION:

The conditions of entry into this type of distribution business are relatively easy. There are no institutional barriers present and sunk costs are not a major factor in the start-up cost considerations of potential entrants.

There is no dominant firm in the market, and little brand loyalty on the part of buyers, all of whom are price-driven in their purchasing decisions, and willing and able to switch from one supplier to another on reasonably short notice.

On the basis of the price/cost comparison alone, this is not a complaint which the Director would pursue further. Even if the prices were in the "grey range" (between average total cost and average variable cost) it is unlikely that this case would be pursued. There is no evidence of anti-competitive intent evident in the behaviour of Company A, which in any event lacks significant market power over output and prices with a market share well under 35 percent and in a market with relatively easy entry.

On its face, the pricing behaviour of Company A looks like an attempt to recapture lost market share through price competition in a highly fluid and dynamic market.

While the price behaviour may well lead to reduced sales volumes and profits for some of Company A's competitors, it does not appear likely that it will result in a substantial lessening of competition or the elimination of a competitor through the employment of unreasonably low prices.

The basic facts of this case study are typical of a great many of the complaints received annually by the Bureau. The pricing behaviour of Company A in this case study is precisely the kind of competitive behaviour that the Director would not want to see discouraged by an erroneous perception that such behaviour may run the risk of contravening the predatory pricing provisions of the Act.

CASE II

FACT SET:

Company A is a manufacturer of a product which is sold directly to large wholesalers serving the home construction industry. Five years ago there were several manu-

facturers of the product, but at present the market is served by only three firms. Companies B and C both allege that Company A has begun using a predatory pricing strategy to drive one or both of them from the market.

With a share of about 40 percent of sales of the product, Company A is the largest manufacturer. Companies B and C each have about 30 percent of product sales.

All of the firms are operating at well below their respective production capacities, as a result of declining demand brought on by the growth in market acceptance of several close substitute products. These substitute products employ different materials and are generally lower-priced than those offered by Companies A, B and C.

The conditions of entry into the industry are described as relatively easy. The raw materials are in abundant supply and available at competitively determined prices. Sunk costs do not represent a significant factor since the capital equipment used in the production process can, for the most part, be put to alternative uses within the industry, there is little product differentiation and no evidence of strategic behaviour on the part of incumbents.

Prices have been declining in the industry for more than one year but, in the face of continuing sales volumes lost to the close substitute products, Company A has now lowered its price to a level just above its average variable cost. In a memorandum to its sales staff, and a price announcement to its customers, Company A explained that it was lowering its price to make the product "more competitive within the construction industry."

DISCUSSION:

In the circumstances, the Director would not consider the price of Company A to be unreasonably low, and would not proceed further with an investigation or inquiry. On the facts, the rationale for the price change by Company A was clearly the protection of its existing market share, which it saw as being eroded not by the market initiatives of its direct rivals, but by those of the suppliers of close substitute products. In effect, Company A was engaging in rational loss-minimizing behaviour. Even if that behaviour were to result in the elimination of Company B or C from the market, the Director's view would remain that, since the prices themselves were not unreasonably low, the case would not warrant further investigative work.

CASE III

FACT SET:

Company A is the largest of several vertically-integrated firms supplying a range of semi-manufactured products used as inputs by numerous Canadian fabricators who produce a wide variety of goods sold in both consumer and industrial markets. The company has a market share in excess of 40 percent, while its nearest rival's share is about 12 percent, with the remaining firms accounting for less that 10 percent each.

There has been steady market growth each year and demand is projected to increase considerably over the next ten years in the industry. With no close substitutes in the market for their products, most firms are known to be considering investing in the expansion or modernization of their production facilities over the next two years.

The vertically-integrated firms control, for the most part, the sources of raw materials used in their production processes. In effect, their manufacturing units are seen as captive customers for the raw materials which they control, and little third party trade takes place in respect of these raw materials. The equipment used in their production process is highly specialized and accounts for a large proportion of start-up costs resulting in sunk costs being a significant entry factor. In addition, economies of scale play an important role on the production side. Most, but not all, of the market participants enjoy significant scale economies in the operation of their regional plants.

The customer side of the market is characterized by numerous buyers, both large and small, all engaged in the manufacture of finished goods. The products supplied by Company A and its competitors represent input costs to the buyers, and they are extremely price-conscious in their purchasing behaviour. Quality being equal, they will switch from one supplier to another when provided with even a small price incentive to do so. Price cutting by one firm in the industry has tended, in the past, to be matched quickly by other suppliers. For the most part, however, prices and market shares have tended to be fairly stable in recent times.

Company A has shattered this stability by reducing its prices across the board by over 25 percent. Two of its smallest competitors have independently claimed to the Bureau that the ostensible purpose of this price-cutting behaviour on the part of Company A is to cripple or drive them from the market, whereupon they expect that prices would rise to levels higher than those prevailing before the price cut. Each of the complainants had been seriously contemplating expansion of production

facilities to bring them closer to realizing the scale economies enjoyed by the larger firms in the industry. However, with the recent deep decline in prices, these plans have been put "on hold."

According to the complainants, current market prices are very close to, if not below, their average variable cost of production, and they estimated that these prices would be below the average total cost of all firms in the industry, including those of Company A.

DISCUSSION:

The industry is characterized by relatively difficult conditions of entry, and the alleged predator occupies a dominant position within the market and possesses the market power to influence industry output and prices. The price cutting behaviour of Company A is contrary to what one would expect in the face of increasing market demand with no external stimulus to trigger the behaviour.

On these grounds alone, the Director would be concerned enough to examine the matter vis-à-vis the price/cost relationship of Company A. If it was determined through further investigation that Company A's prices probably fall within the "grey range" vis-à-vis costs and, insofar as the available information is consistent with an intent to lessen competition, the Director would likely conclude that Company A's prices are "unreasonably low." The closer the prices are to Company A's average variable cost, the greater would be the likelihood the Director would find them objectionable.

This case study involves difficult judgement calls. Some of the market effects of the pricing behaviour are already evident, in that two competitors have forestalled their expansion plans in the face of suddenly uneconomic market prices. Should prices remain at their present levels for a significant period of time, there appears to be the real prospect that one or more firms may be forced from the market.

With little chance of quick, effective entry to the market, the possibility for recoupment of losses on the part of Company A appears strong. Even if no competitor is forced to exit the market, the Director would want to know if Company A has cut prices in this manner as a strategic behaviour to demonstrate the extent of its market power. Should the company decide in the near future to raise its prices back to previous levels, or even higher, it may have already conditioned its competitors to

accept its role as undisputed price leader and deterred them from expanding their facilities in a way which would have enabled them to be more effective competitors in the future.

For all of these reasons, the Director would have reasonable grounds to initiate an inquiry to determine the facts. This would involve a careful scrutiny of the alleged predator's price/cost information and the evidence of anti-competitive intent. If prices are shown to be below anticipated average variable or incremental cost, then the matter would likely be pursued. If, on the other hand, there is confirmation that prices are in the grey area, the Director would evaluate the available direct and circumstantial evidence of intent to injure competition before pursuing the matter further.

APPENDIX 2
HOW TO CONTACT THE BUREAU OF COMPETITION POLICY

GENERAL INFORMATION

Any person wishing to contact the Director or a member of the Bureau to obtain general information, make a complaint, or request an advisory opinion is recommended to contact the following office. Complaints may also be forwarded to any of the regional or district offices of the Bureau listed below.

Resource Centre
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
50 Victoria Street, 21st Floor
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 994-0798
Fax: (819) 953-5013

MERGERS

Anyone wishing to obtain information concerning the application of the merger provisions of the Act, including those relating to notification of proposed transactions, may contact the Mergers Branch directly at the address noted below:

Mergers Branch
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
50 Victoria Street, 19th Floor
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 953-7092
Fax: (819) 953-6169

The Bureau recommends that notification filings be hand-delivered.

MISLEADING ADVERTISING AND DECEPTIVE MARKETING PRACTICES

Anyone wishing to obtain general information or to make a complaint concerning the misleading advertising and deceptive marketing practices provisions of the Act should contact one of the regional or district offices listed below. Correspondence or telephone calls may also be directed to the Marketing Practices Branch headquarters in the National Capital region.

NATIONAL CAPITAL REGION HEADQUARTERS

Marketing Practices Branch
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
50 Victoria Street
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 997-4282
Fax: (819) 953-2557

REGIONAL AND DISTRICT OFFICES

1400-800 Burrard Street
Vancouver, British Columbia
V6Z 2H8

Telephone: (604) 666-8659
Fax: (604) 666-5031

Oliver Building
10225 100th Avenue
Edmonton, Alberta T5J 0A1

Telephone: (403) 495-2489
Fax: (403) 495-2466

4900 Yonge Street, 6th Floor
Willowdale, Ontario
M2N 6B8

Telephone: (416) 224-4065
Fax: (416) 224-4687

69 John Street South, 2nd Floor
Hamilton, Ontario L8N 2B9

Telephone: (416) 572-2873
Fax: (416) 572-4216

Guy Favreau Complex
200 René Lévesque Blvd. W.
Suite 502, East Tower
Montreal, Quebec H2Z 1X4

Telephone: (514) 283-7712
Fax: (514) 283-3096

Sam Livingston Building
510 12th Avenue S.W., Suite 309
Calgary, Alberta T2R 0H3

Telephone: (403) 292-5608
Fax: (403) 292-5188

260 St. Mary Avenue
Room 345
Winnipeg, Manitoba R3C 0M6

Telephone: (204) 983-5567
Fax: (204) 983-3159

Federal Building
451 Talbot Street, Suite 300
London, Ontario N6A 5C9

Telephone: (519) 645-4119
Fax: (519) 645-5114

112 Dalhousie Street, 3rd Floor
Québec, Quebec G1K 4C1

Telephone: (418) 648-3939
Fax: (418) 648-4120

50 Brown Avenue
P.O. Box 38001
Burnside Industrial Park
Dartmouth, Nova Scotia B3B 1X2

Telephone: (902) 426-6002
Fax: (902) 426-4536

Consommation et Affaires commerciales Canada
Consumer and Corporate Affairs Canada

PRIX D'ÉVICTION LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Directeur des enquêtes et recherches

Loi sur la concurrence

Canada

Le Directeur des enquêtes et recherches est responsable de l'administration et de l'application de la Loi sur la concurrence qui a pour but de maintenir et d'encourager la concurrence au Canada. Ce document comporte les Lignes directrices d'application de la Loi en matière de prix d'éviction qui est défini à l'alinéa 50(1)*c)* de la Loi sur la concurrence.

Si vous voulez obtenir des copies de ce document ou des renseignements supplémentaires sur les sujets dont nous traitons, vous pouvez communiquer au :

Centre de Ressources
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
Hull (Québec) K1A OC9

Téléphone : (819) 994-0798
Télécopieur : (819) 953-5013

Prix d'éviction – Lignes directrices pour l'application de la Loi
Directeur des enquêtes et recherches
Loi sur la concurrence

Texte imprimé
sur papier recyclé

This publication is also available in English

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1992

ISSN 0836-0359
ISBN 0-662-58953-X
Catalogue N° RG 54-2/6-1992
C&CC N° 10609

CACC CCAC

AVANT-PROPOS

La disposition criminelle qui interdit le prix d'éviction fait partie du droit de la concurrence au Canada depuis plus de 50 ans. L'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur la concurrence*, telle que la disposition est actuellement connue, reflète l'inquiétude que certaines méthodes déloyales d'établissement de prix ne devraient pas être utilisées à court terme dans le but de réduire la concurrence et les bénéfices qui en résultent à long terme. Ce type de comportement répréhensible relatif aux prix est connu sous le nom de « prix d'éviction ».

L'imposition d'une interdiction criminelle au niveau d'une concurrence en matière de prix, tel que spécifié à l'alinéa 50(1)*c)*, comporte le danger que les gens d'affaires, en raison des incertitudes soulevées par l'application de la Loi, hésitent jusqu'à un certain point, à se lancer dans une concurrence saine et bénéfique au niveau des prix. Ceci est d'autant plus important si on tient compte de la mondialisation des marchés et de l'augmentation de la concurence étrangère. Il est important de s'assurer que la politique d'application du prix d'éviction n'ait pas d'effet dissuasif sur une concurrence au niveau des prix. En même temps, il existe peu de jurisprudence pour guider les gens d'affaires et les avocats à savoir s'ils pourraient contrevenir à la Loi.

Par conséquent, il a été décidé qu'il serait utile de publier des lignes directrices afin de clarifier la politique d'application du Directeur des enquêtes et recherches relativement à l'alinéa 50(1)*c)*, ceci faisant partie de notre Programme de conformité. Ces Lignes directrices permettront au public de mieux comprendre les circonstances qui peuvent mener à un examen préliminaire en vertu de la Loi.

Ces Lignes directrices traitent de certaines questions parmi les plus importantes soulevées par cette disposition : elles n'ont cependant pas la prétention d'apporter une solution à toutes les questions que le marché soulève. Elles peuvent être mises à jour de temps à autre afin de tenir compte des modifications futures apportées à la loi et aux politiques.

Howard I. Wetston, c.r.
Directeur des enquêtes et recherches
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada

INTERPRÉTATION

Ces Lignes directrices ont préséance sur toutes les déclarations précédentes du Directeur des enquêtes et recherches ou d'autres représentants du Bureau qui pourraient différer de ce qui est énoncé dans le présent document.

Ce document fournit la démarche générale suivie dans l'examen des plaintes de prix d'éviction en vertu de l'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur la concurrence*. Il ne restreint aucunement la discrétion qui pourra être exercée dans un cas donné. Des conseils à l'égard d'une situation précise peuvent être demandés au Bureau dans le cadre du Programme des avis consultatifs. Les Lignes directrices ne limitent ou n'affectent en aucune manière la discrétion du Procureur général dans la poursuite d'affaires en vertu de la Loi et ne remplacent pas les avis des avocats. En outre, elles ne représentent pas un changement important de politique d'application et ne reformulent pas la Loi. L'interprétation finale de la Loi relève en dernier ressort des tribunaux.

Dans un but de concision, les termes suivants seront utilisés tout au long des Lignes directrices :

- « La Loi » se rapporte à la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c. C-34, tel qu'amendé L.R.C. 1985, c. 27 (1er supp.), s.187, 189; L.R.C. 1985, c. 19 (2e supp.), Partie II; L.R.C. 1985, c. 34 (3e supp.), a. 8; L.R.C. 1985, c. 1 (4e supp.), a. 11; L.R.C. 1985, c.10 (4e supp.), a. 18; S.C. 1990, c. 37, a. 27-32.

- « Le Directeur » se rapporte au Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Affaires commerciales Canada.

- « Lignes directrices » se rapporte à cette publication c'est-à-dire *Prix d'éviction – Lignes directrices pour l'application de la Loi*.

- « Partie » se rapporte aux parties de ces Lignes directrices.

Dans cette publication, la forme masculine désigne, lorsqu'il y a lieu, aussi bien les hommes que les femmes

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE i

PARTIE 1 : PRIX D'ÉVICTION 1

1.1 La théorie du prix d'éviction 1
1.2 La perspective d'application 1
1.3 La disposition législative 2
1.4 Les éléments de l'infraction 3
1.5 Une jurisprudence pertinente 3

PARTIE 2 : LIGNES DIRECTRICES D'APPLICATION 5

2.1 Observations générales 5
2.2 Prix « déraisonnablement bas » – Le seuil critique 5
2.2.1 La première étape – Le pouvoir de marché 6
2.2.1.1 Parts de marché et concentration 6
2.2.1.2 Les conditions à l'accès 7
2.2.2 La seconde étape – Évaluation du rapport prix/coût 11
2.3 « La politique de vente » 12
2.4 L'impact sur la concurrence 13

ANNEXE 1 : ÉTUDES DE CAS 15

ANNEXE 2 : POUR COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE 21

SOMMAIRE

CE QU'ON ENTEND PAR « PRIX D'ÉVICTION »

Dans la partie 1 des Lignes directrices, on décrit le sens et l'importance du prix d'éviction dans le contexte de l'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur la concurrence*. En termes généraux, il y a pratique de prix d'éviction lorsqu'une entreprise dominante établit ses prix à un niveau bas pendant une période de temps suffisamment longue afin d'éliminer un concurrent ou d'empêcher l'implantation de nouvelles entreprises sur le marché et par la suite, augmenter ses prix afin de récupérer les pertes encourues. Bien qu'on fasse souvent état de prétendus prix d'éviction, relativement peu d'affaires ont nécessité des enquêtes officielles menées par le Directeur ou ont été transmises au Procureur général aux fins de poursuites.

En plus de la présentation des éléments fondamentaux d'une infraction en vertu de l'alinéa 50 (1)*c)*, la partie 1 présente un résumé des principales caractéristiques de la jurisprudence provenant des jugements rendus aux termes de cette disposition dans les affaires *Hoffman-La Roche* et *Consumer Glass*. Bien que ces affaires n'offrent pas une analyse exhaustive du sens de tous les éléments de la disposition, on y trouve toutefois des indications générales sur les circonstances qui mèneraient à conclure que les prix sont « déraisonnablement bas », principal point à déterminer en ce qui concerne l'évaluation de plaintes liées aux prix d'éviction. Cette jurisprudence établit que l'évaluation des prix et des coûts est un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer si les prix sont déraisonnablement bas. Toutefois, cette évaluation n'est pas nécessairement déterminante à moins que les prix soient nettement au-dessus du coût.

LES LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Dans la partie 2, on expose les grandes lignes de l'approche utilisée par le Directeur pour examiner les plaintes liées au prix d'éviction. Il s'agit d'abord d'évaluer si les prix à l'étude sont « déraisonnablement bas ». Cette évaluation implique une méthode en deux étapes. À la première étape, on doit déterminer si le présumé prédateur détient un pouvoir de marché, s'il a la capacité d'influencer de façon unilatérale les prix dans l'industrie. Au début d'un examen, le Directeur prend souvent, comme mesure approximative, une part de marché de 35 pour 100, soit la part qu'un présumé prédateur doit vraisemblablement détenir pour jouir d'un certain pouvoir de marché. On tient également compte des indicateurs préliminaires d'un pouvoir de marché, c'est-à-dire : du nombre total de vendeurs sur un marché, du degré de disparité entre la taille des entreprises et de la tendance que présentent les parts de marché dans un certain laps de temps.

Une estimation plus complète du pouvoir de marché est possible lorsque le Directeur analyse les conditions d'implantation sur le ou les marché(s) qui font l'objet d'un examen. Si l'association de plusieurs facteurs laisse croire qu'une implantation sur le marché serait relativement difficile, le Directeur peut croire que le comportement du présumé prédateur sur les prix pourrait causer des effets anti-concurrentiels très nuisibles à long terme sur le marché. Les Lignes directrices présentent et exposent les deux catégories générales de conditions à l'accès qui sont au centre de l'analyse : les avantages sur le plan des coûts et les coûts irrécupérables.

Si une entreprise a un pouvoir de marché, c'est donc à la deuxième étape qu'on détermine si les prix sont déraisonnablement bas, on étudiera alors la relation entre le prix et le coût de production. On a alors recours à trois règles empiriques. Premièrement, un prix égal ou supérieur au coût total moyen du présumé prédateur ne sera pas considéré comme « déraisonnablement bas » par le Directeur, indépendamment du pouvoir de marché du présumé prédateur. Deuxièmement, il est probable qu'un prix inférieur au coût variable moyen du présumé prédateur sera considéré comme « déraisonnablement bas » par le Directeur, à moins qu'il y ait une justification claire telle que la nécessité de liquider un inventaire de denrées périssables. Finalement, si les prix se situent entre le coût total moyen et le coût variable moyen (« la zone grise »), un certain nombre de facteurs environnants sont pris en considération, y compris l'importance de la demande, l'existence de capacité excédentaire et la preuve directe ou indirecte de l'intention de se servir des prix dans un but anti-concurrentiel.

On se demande ensuite, dans les Lignes directrices, si les prix du présumé prédateur sont le fait d'une politique de vente. À ce stade, le Directeur recherche la preuve que les prix pratiqués par l'entreprise font partie d'un programme délibéré d'établissement des prix sur le marché et qu'ils sont en vigueur pour une période de temps significative.

Les Lignes directrices pour l'application de la Loi se terminent par un bref exposé sur le sens que donne le Directeur à l'impact sur la concurrence de l'infraction décrite par l'expression « ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet ».

PARTIE 1
PRIX D'ÉVICTION

1.1 LA THÉORIE DU PRIX D'ÉVICTION

Il y a prix d'éviction lorsqu'une entreprise dominante sur un marché établit, pendant une période de temps suffisamment longue, ses prix à un niveau si bas qu'un ou que plusieurs de ses concurrents doivent quitter le marché ou encore que d'autres entreprises doivent abandonner le projet d'y entrer ou les deux cas à la fois. Une fois que des concurrents ont dû quitter le marché ou que l'implantation de nouveaux arrivants a été empêchée avec succès, le prédateur pourra alors, dans le marché à faible concurrence qu'il a créé, s'attendre à augmenter les prix de façon significative afin de récupérer les profits qui auraient été réalisés ou encore de récupérer les pertes encourues au cours de la période de la pratique d'éviction.

C'est précisément un tel comportement que le Directeur cherche à identifier en réaction à des situations qui lui ont été signalées à des fins d'examen en vertu de la Loi. Bien que de tels comportements sur les prix entraînent des bénéfices pour les acheteurs au cours de la période de la pratique d'éviction, ces bénéfices seront transitoires ou de court terme et seront éventuellement compensés par l'augmentation des coûts au cours de la période de récupération.

Depuis la promulgation de la Loi, l'expérience dans la mise en application et le développement dans le domaine économique ont produit des paramètres analytiques qui distinguent les comportements sur les prix nuisibles à la concurrence de ceux qui ne justifient pas une action corrective aux termes de la Loi. Il s'ensuit que le prix d'éviction, prévu dans les lois sur la concurrence de plusieurs pays, est devenu un phénomène mieux compris internationalement ces derniers temps et son traitement, en matière de politique de concurrence, profite d'une démarche analytique plus cohésive.

1.2 LA PERSPECTIVE D'APPLICATION

Les plaintes adressées au Directeur qui ont été transmises au Procureur général du Canada aux fins de poursuites n'ont jamais été nombreuses. Bref, ce type de comportement sur les prix, interdit en vertu de la législation, s'est avéré un fait plutôt rare au Canada. Par exemple, entre 1980 et 1990, le Directeur a reçu quelque 550 plaintes présumant une infraction en vertu des dispositions de la Loi sur le prix d'éviction. De ce nombre, seulement 23 ont nécessité une enquête officielle en vertu de la Loi, quatre ont été transmises au Procureur général et seulement trois ont fait

l'objet d'accusations.[1]

En plus de l'alinéa 50(1)*c)*, la *Loi sur la concurrence* contient une disposition non-criminelle, l'article 79, que nous pouvons utiliser pour examiner s'il y a abus de pouvoir de marché au moyen d'une variété d'agissements anti-concurrentiels dont un comportement de prix d'éviction. L'article 79 accorde au Tribunal de la concurrence, un organisme spécialisé constitué de juges et d'autres membres, l'autorité d'imposer des mesures de redressement qui sont raisonnables et nécessaires pour combattre les effets des pratiques anti-concurrentielles. Alors, étant donné que le prix d'éviction peut être traité en vertu de l'article 79 ou de l'alinéa 50(1)*c)*, le Directeur adoptera une approche d'application qui est pertinente aux faits particuliers de chaque cas. Lorsqu'il y a un comportement de prix d'éviction qui est relié à d'autres sortes d'agissements anti-concurrentiels ou lorsqu'une mesure de redressement plus efficace peut être obtenue du Tribunal de la concurrence pour corriger les effets des pratiques en cours dans un cas particulier, le Directeur optera généralement d'engager des procédures en vertu de l'article 79 plutôt qu'en vertu de l'alinéa 50(1)*c)*. L'analyse du pouvoir de marché décrite dans les prochaines pages de ces Lignes directrices peut facilement s'appliquer au langage législatif de l'article 79 lorsqu'un comportement de prix d'éviction est en cause.[2]

1.3 LA DISPOSITION LÉGISLATIVE

L'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur le concurrence* stipule que :

> « Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas :
>
> c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. »

L'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* stipule que l'objet de cette Loi est « de préserver et de favoriser *la concurrence* au Canada » (soulignement ajouté). L'alinéa 50(1)*c)* de la Loi est compatible avec cet objectif en interdisant ces formes de comportement sur les prix qui, bien qu'elles peuvent permettre aux acheteurs de réaliser des béné-

1 Dans une cause, l'accusé a été acquitté (R. c. *Consumers Glass Co.* (1981), 33 O.R. (2d) 228) et dans l'autre (R. c. *Bristol-Myers Canada Limited*), les accusations ont été retirées lors de l'enquête préliminaire. La troisième cause (R. c. École de conduite Technic Aubé Inc. et autres) est toujours devant les tribunaux. La cause *Hoffman-La Roche* a débuté avant 1980. Cette cause est décrite à la partie 1.5.

2 L'article 36 de la Loi sur la concurrence prévoit le droit d'une poursuite en privé. En 1989, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité constitutionnelle de cette disposition (*General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Québec Ready-Mix Inc.* c. *Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 698). Les individus ou les sociétés peuvent vouloir étudier cette voie s'ils pensent que les dommages subis font suite à une conduite allant à l'encontre des dispositions criminelles de la Loi incluant l'alinéa 50(1)*c)*. Le Directeur aimerait être informé de telles actions.

fices à court terme sur un marché particulier, visent à déjouer et à perturber à long terme le processus de concurrence et ce, au détriment des consommateurs.

1.4 LES ÉLÉMENTS DE L'INFRACTION

Aux termes de la législation, on doit retrouver un certain nombre d'éléments pour conclure qu'il y a eu infraction. Il faut démontrer que le présumé prédateur « s'adonne à une entreprise »; que les prix en question sont « déraisonnablement bas » et qu'ils s'inscrivent dans une « politique de vente ». Il faut également démontrer qu'ils ont été « destinés à » ou ont eu pour effet ou tendance de provoquer un ou deux effets, à savoir « sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent ». Dans le cadre de la mise en application, on doit retrouver tous ces éléments et aucun cas ne peut aller plus loin sans qu'on réponde à chacun de ces éléments. Toutefois, dans le cadre d'une plainte sur un prix d'éviction, la question cruciale est le caractère raisonnable desdits prix.

1.5 UNE JURISPRUDENCE PERTINENTE

La jurisprudence en vertu de l'alinéa 50(1)*c)* est limitée à deux causes contestées. Chacune d'elles a fourni des orientations dans la formulation de la politique d'application du Directeur.

Dans la cause *Hoffman-La Roche*[3], la Cour a condamné cette société à la suite d'une politique de distribution de médicaments qui était destinée à limiter l'implantation de concurrents sur le marché. La Cour a catégoriquement affirmé que : *« [i]f an article is sold for more than cost, it can never be held to be unreasonable »*.[4] En même temps, elle a clairement fait comprendre qu'on ne peut conclure simplement à l'observation du rapport entre le prix et les coûts qu'un prix est « déraisonnablement bas » ou non. La Cour a plutôt soutenu que même dans les exemples où le prix est inférieur au coût, il pourrait y avoir de nombreux autres éléments qui entrent en ligne de compte, y compris la durée de la pratique du prix, les stratégies concurrentielles (c'est-à-dire la nature offensive ou défensive des prix) et l'existence de bénéfices économiques légitimes à long terme que le vendeur pourra retirer de tels prix. Fondamentalement, la Cour reconnaît que bien que le rapport prix/coût revête une certaine importance, ce rapport n'est pas nécessairement déterminant à moins que le prix soit nettement au-dessus du coût.

Un second élément clé dans la cause *Hoffman-La Roche* concerne l'intention. La Cour a conclu que la politique de prix de l'accusée était « destinée » à être prédatrice selon de nombreux facteurs, y compris l'ampleur de la réduction des prix et des pertes qui

3 *R. c. Hoffman-La Roche* (1980), 28 O.R. (2d) 164; confirmé (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.).
4 Id., p.200.

s'ensuivirent, le contenu de documents portés aux dossiers de l'entreprise et l'absence de toute autre justification pour la réduction des prix. La Cour n'a pas obtenu de preuves directes d'intention; une preuve indirecte a plutôt été suffisante pour déterminer l'intention prédatrice.

Finalement, la Cour a reconnu que les nombreux facteurs décrivant l'infraction de prix d'éviction, ne devraient pas être considérés l'un sans l'autre mais devraient être reliés et interdépendants.

La deuxième cause contestée, *Consumers Glass*[5], portait entièrement sur la question à savoir si les prix étaient ou non, « déraisonnablement bas » et sur des théories économiques conflictuelles quant à ce qui devrait constituer l'évaluation adéquate du rapport prix/coût en vue de déterminer le caractère raisonnable des prix. La Cour a conclu que les prix appliqués par l'accusée avaient été en tout temps supérieurs au coût variable moyen, mais inférieurs au coût total moyen[6]. De plus, une surcapacité chronique caractérisait cette industrie. À la lumière de ces faits et parce que l'accusée cherchait uniquement à minimiser ses pertes, la Cour a refusé de reconnaître coupable la société. Comme ce fut le cas dans la cause *Hoffman-La Roche*, la Cour a affirmé dans la cause *Consumers Glass* que, bien que l'évaluation du rapport prix/coût était un élément important dans la détermination du caractère raisonnable des prix, le contexte dans lequel les prix étaient appliqués était également d'une grande importance.

Un thème important du jugement dans *Consumers Glass* est que la loi interdisant le prix d'éviction ne devrait pas interférer à la concurrence légitime. Par exemple, la Cour a observé qu'il était possible qu'un concurrent soit éliminé du marché sans pour autant qu'il y ait eu infraction à la loi :

> *« The whole object of competition is to maximize profits by taking as much business as possible away from rivals, and so the mere fact one competitor lowers prices so as to take business away from a rival to the point that the rival might be forced from the marketplace cannot, by itself, determine whether predatory pricing was involved »*[7]

Bien que les Lignes directrices reflètent la législation que ces causes ont permis de développer jusqu'à ce jour, il est évident que les cours ont eu peu d'occasions pour interpréter cette disposition. Par conséquent, le but des Lignes directrices est d'apporter un complément à la jurisprudence en diffusant la politique d'application du Directeur en ce qui concerne cet article.

---

5 *Consumers Glass*, supra note 1.
6 Voir partie 2.2.2 pour une explication de ces termes.
7 *Consumer Glass*, supra note 1, p.247.

PARTIE 2
LIGNES DIRECTRICES D'APPLICATION

2.1 OBSERVATIONS GÉNÉRALES

La plainte caractéristique reçue par le Directeur concernant le prix d'éviction vient d'un membre de l'industrie qui prétend que les prix d'un concurrent sont si bas qu'ils peuvent le chasser, et peut-être d'autres concurrents avec lui, du marché. Par la suite, le présumé prédateur augmentera ses prix et récupérera les pertes encourues au cours de ladite période d'éviction. Essentiellement, le plaignant soumet un ensemble de faits et demande au Directeur d'évaluer les résultats probables de la présumée pratique d'éviction.

Le but de cette évaluation est de faire la distinction entre le prix d'éviction et une concurrence vigoureuse et désirable en matière de prix. L'analyse met l'emphase sur la présence ou la possibilité d'un pouvoir de marché. Le pouvoir de marché signifie la capacité de maintenir les prix de l'industrie au-dessus du niveau concurrentiel pendant une période de temps significative. L'analyse cherche à déterminer si, après une période de bas prix, le présumé prédateur pourrait augmenter les prix et récupérer les pertes encourues ou les profits perdus sans qu'à l'avenir, la concurrence le limite.

2.2 PRIX « DÉRAISONNABLEMENT BAS » – LE SEUIL CRITIQUE

La question cruciale dans une cause de prix d'éviction est de savoir si, oui ou non, les prix qui font l'objet d'une plainte peuvent être qualifiés de « déraisonnablement bas ». Bien qu'ils doivent également faire partie d'une « politique » de vente et qu'ils doivent provoquer ou être destinés à provoquer l'un des effets nuisibles décrits dans le paragraphe approprié de la Loi, le caractère raisonnable des prix est la question cruciale.

La jurisprudence établit que pour déterminer si des prix sont raisonnables, il ne s'agit pas simplement de comparer les prix et les coûts du présumé prédateur. Il importe plutôt de mieux connaître le contexte dans lequel le présumé prédateur et les entreprises rivales se font concurrence. Le présumé prédateur réagit-il à des réductions de prix d'une entreprise concurrente ou en a-t-il été l'auteur? Depuis combien de temps ces prix sont-ils en vigueur sur le marché? Est-ce qu'il y avait une surcapacité chronique dans l'industrie menant les entreprises ainsi que le présumé prédateur à pratiquer des prix qui visent en toute honnêteté à minimiser les pertes dans un effort pour demeurer rentable et conserver leurs parts du marché?

Même si des données précises sur le rapport prix/coût du présumé prédateur ne sont pas disponibles au début de l'examen du Directeur, il arrive souvent que la preuve nécessaire pour déterminer la possibilité d'éviction puisse être obtenue en tout ou en partie. Le Directeur commence son analyse d'une plainte de prix d'éviction en réunissant le genre de preuves que *Hoffman-La Roche* et *Consumers Glass* ont tous deux considérées dans leur détermination globale du caractère raisonnable des prix. Ce faisant, le Directeur essaie de savoir si, oui ou non, les prix suggérés sont « déraisonnablement bas » en effectuant une analyse en deux étapes. Premièrement, il considère les caractéristiques du marché, telles que, la concentration du vendeur et les conditions à l'accès, lesquelles sont des indicateurs de l'existence d'un pouvoir de marché ou de la possibilité d'en construire un. Deuxièmement, il confirme que les prix sont en effet « déraisonnablement bas », en évaluant le lien entre les prix et les coûts du présumé prédateur. La première étape de l'analyse consiste à déterminer s'il est plausible que ces prix puissent avoir les effets anti-concurrentiels décrits à l'alinéa 50(1)*c)* de la Loi. Si le Directeur conclut que c'est invraisemblable, l'examen prendra fin. Autrement, le Directeur passera à la seconde étape, c'est-à-dire, l'analyse du rapport prix/coût.

2.2.1 LA PREMIÈRE ÉTAPE – LE POUVOIR DE MARCHÉ

2.2.1.1 PARTS DE MARCHÉ ET CONCENTRATION

En soi, un prix d'éviction suppose que le présumé prédateur possède un pouvoir de marché suffisant pour imposer unilatéralement ses prix sur le marché pendant une période de temps assez longue pour perturber financièrement ses concurrents et pour récupérer les pertes encourues une fois que ces derniers auront dû quitter le marché. Il est donc très important que le Directeur comprenne bien dans quelle mesure le présumé prédateur peut unilatéralement influencer les prix dans l'industrie.

Dans un premier temps, le marché doit être défini. Pour ce faire, il faut prendre en considération le ou les produits ainsi que la ou les régions géographiques en cause et identifier toutes les sources de concurrence, réelles ou potentielles, qui peuvent entraver l'exercice du pouvoir de marché du présumé prédateur. Généralement, les éléments à considérer afin de définir un marché comprennent d'abord, sur le plan de la demande, l'empressement des acheteurs à se tourner vers des produits substituts ou le même produit vendu dans d'autres régions; et sur le plan de l'offre, si l'implantation d'un nouvel arrivant nécessiterait vraisemblablement la construction d'installations ou l'adaptation d'installations existantes ou la vente du produit provenant de régions éloignées. Des renseignements additionnels sur les procédures suivies par le Directeur pour définir les marchés sont disponibles dans les *Lignes*

directrices sur les fusionnements, partie 3, «Définition du marché » (pp. 9-21).

Ensuite, à cette étape préliminaire de l'examen, le Directeur utilise généralement la part de marché du présumé prédateur comme indicateur provisoire du pouvoir de marché. Il est improbable qu'un présumé prédateur qui détient une part de marché inférieure à 35 pour 100 ait la capacité d'influencer unilatéralement les prix de l'industrie[8]. Plus la part de marché du présumé prédateur est grande ou plus la disparité entre la taille du présumé prédateur et celle des autres concurrents est grande, plus il est vraisemblable que le présumé prédateur détient un pouvoir de marché. Ceci est moins probable si le marché est occupé par un groupe relativement grand de petites entreprises qui font concurrence efficacement et vigoureusement au présumé prédateur ou lorsqu'il y a de récents changements significatifs dans les parts de marché et dans le classement des entreprises les plus importantes sur le marché. Plus le marché tend à être occupé par un important vendeur dominant, c'est-à-dire le présumé prédateur, et quelques concurrents vigoureux, plus grande est la probabilité qu'un examen plus approfondi soit effectué.

Dans tous les cas, l'évaluation des parts de marché et de la concentration n'est que le point de départ de l'examen du Directeur et ne mène pas en soi à la conclusion qu'un pouvoir de marché existe. Un résultat concluant dépend de l'évaluation des conditions à l'accès dans une industrie.

2.2.1.2 LES CONDITIONS À L'ACCÈS

Approche générale – Dans le cadre d'une plainte concernant un prix d'éviction, il est nécessaire de déterminer si le présumé prédateur semble avoir le pouvoir de récupérer ses pertes initiales en augmentant les prix à des niveaux au-dessus de la normale une fois que son concurrent cible aura quitté le marché. Cette détermination dépend, dans une très grande mesure, d'une évaluation des conditions entourant l'implantation réelle dans l'industrie incluant, le retour probable de concurrents obligés de quitter le marché à la suite d'un présumé prix d'éviction, ou l'expansion d'entreprises déjà présentes sur le marché. À cette étape de l'examen, le Directeur essaie de découvrir les circonstances et les conditions qui peuvent empêcher une implantation réelle. L'approche suivie dans le présent document est la même que celle décrite de façon plus détaillée dans les *Lignes directrices sur les fusionnements*, partie 4.6, « Entraves à l'accès » (pp.39-44) et Annexe 1.

Le Directeur essaie avant tout de déterminer si la tentative de récupération des coûts par le présumé prédateur au moyen d'augmentation de prix, à la suite de la sortie

8 Une exception serait lorsqu'une entreprise a une part de marché inférieure à 35 pour 100 mais qui est capable de construire ou d'implanter un pouvoir de marché en utilisant un comportement stratégique. Le comportement stratégique est un type d'entrave à l'accès dont nous parlons à la partie 2.2.1.2.

d'un ou de plusieurs concurrents, favoriserait, à l'intérieur d'une période de deux ans, de nouvelles implantations dans l'industrie à une échelle suffisante pour assurer que de telles hausses de prix ne pourraient être maintenues. Ceci semble être la période de temps requise dans la plupart des industries pour la mise sur pied de ce qui est nécessaire pour atteindre un niveau de vente suffisant afin de limiter efficacement les hausses de prix du prédateur après la période d'éviction.

Si l'association de plusieurs facteurs laisse croire qu'une implantation sur le marché sera moins probable ou plus difficile, le Directeur pourrait avoir plus de motifs de croire que le comportement sur les prix du présumé prédateur pourrait être en mesure de causer des effets anti-concurrentiels très nuisibles à long terme sur le marché. Si, d'autre part, il semble que l'implantation ou l'expansion se produirait vraisemblablement à une échelle suffisante pour limiter la capacité du présumé prédateur de récupérer un peu plus tard ses pertes initiales, les inquiétudes du Directeur seront atténuées. Quant à savoir si oui ou non le Directeur déciderait de poursuivre l'examen, c'est l'analyse effectuée à la seconde étape qui va déterminer si les prix du présumé prédateur reflètent des avantages sur le plan des coûts ou s'ils sont inférieurs à ses coûts.

L'évaluation des conditions à l'accès met l'emphase sur un examen pour déterminer si l'implantation pourrait vraisemblablement être retardée ou entravée par la présence de différences de coûts ou la nécessité d'effectuer des investissements qui ne seraient vraisemblablement pas récupérés si l'implantation venait à échouer (connu sous le nom de « coûts irrécupérables »).

Avantages sur le plan des coûts – Les entreprises établies peuvent bénéficier d'importants avantages et ce, provenant de diverses sources sur le plan des coûts par rapport aux entreprises qui voudraient s'implanter sur le marché. Une forme d'entrave peut être de nature institutionnelle telle les barrières tarifaires ou non-tarifaires au commerce international.

De la même façon, les barrières interprovinciales au commerce et la réglementation de cet accès peuvent constituer pour les autres entreprises qui voudraient s'implanter sur le marché des entraves à l'accès considérables et dans quelques cas insurmontables. Par exemple, l'obligation d'obtenir l'approbation d'un organisme gouvernemental de réglementation, comme une condition à l'accès d'un marché ou d'une industrie peut présenter une entrave et ce, en raison des coûts associés à l'obtention d'une telle approbation et des conséquences financières qui en découleraient si la demande était refusée.

La rareté des intrants ou le manque d'accès à la technologie nécessaire peuvent

également constituer d'importants désavantages au niveau des coûts pour les entreprises qui voudraient s'implanter sur le marché. Dans certains cas, les entreprises déjà présentes dans l'industrie, y compris le présumé prédateur, peuvent très bien contrôler les intrants et la technologie nécessaires. Les entreprises peuvent être à un tel point intégrées qu'elles contrôlent de façon significative les sources d'approvisionnement des matières premières utilisées dans les processus de production en aval ou possèdent les droits de brevet d'invention de tous les produits et les procédés nécessaires à la production la plus efficace des biens en cause. De tels contrôles, même s'ils ont été obtenus dans la légitimité, peuvent néanmoins représenter des obstacles à une implantation réelle sur les marchés impliqués.

Coûts irrécupérables – Pour de nombreuses industries, l'implantation sur le marché présuppose divers coûts de démarrage qu'ils seraient impossible de récupérer si le projet échouait. De tels coûts sont connus sous le terme « irrécupérable » et peuvent résulter du besoin d'investir en éléments d'actif particulier au marché, du besoin de surmonter les avantages liés à la différenciation du produit dont jouissent les entreprises en place ou du besoin de surmonter les inconvénients que présentent le comportement stratégique de ces entreprises.

Les coûts irrécupérables peuvent entraver une implantation sur le marché de deux façons. Premièrement, ils peuvent être tellement importants en relation avec le total des coûts reliés à l'accès et les taux de rendement prévus qu'ils découragent complètement toute implantation ou prolongent le temps nécessaire pour devenir un concurrent efficace. Deuxièmement, bien qu'ils puissent avoir un faible effet dissuasif, ils peuvent inciter les entreprises à décider de s'implanter à une échelle moins importante afin de minimiser les risques financiers. Cette dernière éventualité peut, par contre, entraîner une implantation sur le marché qui, parce qu'elle s'effectue à un niveau inférieur au niveau optimal, risque peu de créer une concurrence sérieuse parmi les entreprises déjà présentes sur le marché.

Une forme commune de coûts irrécupérables implique le besoin d'investir en éléments d'actif particulier au marché; par exemple, dans certaines industries manufacturières, l'équipement sophistiqué et très spécialisé qui, réservé à la production de produits uniques, peut avoir très peu ou aucune valeur en dehors de l'application spécifique pour laquelle il a été conçu. Lorsque de tels coûts irrécupérables représentent une partie importante de l'investissement nécessaire à une implantation ou à une expansion sur le marché, ils sont considérés par les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché comme un investissement à risque plus élevé. Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une flotte de camions ou d'un entrepôt qui a des utilisations finales plus nombreuses et peut être vendu à des conditions plus avantageuses si l'implantation sur le marché s'avérait infructueuse.

Dans une industrie, l'existence d'importantes économies d'échelle ou de gamme sont deux genres de conditions de production qui peuvent possiblement gêner l'accès en augmentant l'importance d'exploiter l'entreprise à un niveau optimal et une diversification optimale de la gamme de produits fabriqués. Des économies d'échelle signifient que le coût unitaire de production diminue à mesure que la quantité produite augmente. Des économies de gamme signifient qu'il est moins coûteux de fabriquer plusieurs produits ensemble que de les fabriquer séparément.

L'implantation sur un marché, à un niveau qui permettrait de profiter des économies d'échelle ou de gamme disponibles, peut quelquefois exiger des coûts de capitaux relativement élevés par rapport aux ressources financières du nouvel arrivant. Ces coûts peuvent, dans certains cas, constituer une entrave lorsqu'une proportion significative de ces coûts est irrécupérable. De plus, l'échelle d'activités envisagée peut être si grande que, même si les entraves concernant les capitaux ne sont pas des facteurs, le temps nécessaire pour l'investissement et le développement peut effectivement gêner l'accès.

Une implantation à un niveau inférieur au niveau optimal, même si elle permet au nouvel arrivant de diminuer les dépenses en capitaux et de réduire la période d'implantation, peut, étant donné les désavantages au niveau des coûts, résulter simplement en une implantation ayant relativement peu d'impact. Une telle implantation permettrait de vérifier la capacité du prédateur à imposer des prix plus élevés sur le marché.

Quelle que soit l'industrie en cause, il peut y avoir un nombre de liens bien établis entre le vendeur et l'acheteur qui préconisent les avantages reliés à la différenciation des produits. Ces liens peuvent, jusqu'à un certain point, être déterminés par le prix mais il peut arriver aussi que ce dernier, tout en étant un facteur important, ne soit pas le seul. D'autres facteurs, qui ne sont pas déterminés par le prix tels que le service technique, la réputation, la proximité géographique et les relations personnelles étroites peuvent fortement influencer la décision de l'acheteur. Si ces facteurs revêtent une certaine importance aux yeux d'un nouvel arrivant qui cherche à obtenir le volume de ventes requis pour réussir son implantation, ils peuvent également constituer une entrave majeure qui serait inexistante, par exemple, dans une industrie où le niveau des ventes, dans le cadre d'un processus d'appel d'offres, ne dépend que de la concurrence basée exclusivement sur le prix.

Le comportement stratégique constitue un autre obstacle à l'accès. Ceci fait référence au comportement que des entreprises n'adopteraient pas en temps normal sauf dans des situations où de tels comportements seraient censés avoir un effet dissuasif sur ses concurrents ou les nouveaux arrivants. Une telle stratégie peut permettre aux

entreprises de construire ou d'implanter un pouvoir de marché. En examinant si la capacité du présumé prédateur d'augmenter les prix après la période d'éviction sera limitée par des entrées réelles, le Directeur cherchera à déterminer si l'implantation sera entravée ou retardée par des actions telles que :

- des entreprises en place qui ont signalé, par leurs réactions aux tentatives d'implantation passées, qu'elles emploieront leur capacité excédentaire pour faire baisser les prix en réaction à une tentative d'implantation;
- des investissements excessifs consacrés par les entreprises en place à la recherche et au développement ou à la publicité;
- des ententes existantes de ventes liées ou d'exclusivité.

D'autres exemples de coûts irrécupérables sont décrits à l'Annexe I des *Lignes directrices sur les fusionnements*.

2.2.2 LA SECONDE ÉTAPE – ÉVALUATION DU RAPPORT PRIX/COÛT

Si une entreprise a un pouvoir de marché, le Directeur pose alors la question à savoir si le prix est à un niveau suffisamment bas pour être dit « déraisonnable ». Pour ce faire, le Directeur utilise le test d'évaluation du rapport prix/coût qui suppose que, dans des circonstances normales, une entreprise continuera de fonctionner seulement si elle contribue à ses coûts fixes d'opération. Le Directeur se base sur deux considérations pour exécuter l'évaluation du rapport prix/coût. Premièrement, le Directeur ne considérera pas comme « déraisonnablement bas » un prix établi ou supérieur au coût total moyen du présumé prédateur et ce, indifféremment du pouvoir de marché de celui-ci. Deuxièmement, le Directeur considérera vraisemblablement comme « déraisonnablement bas » un prix inférieur au coût variable moyen du présumé prédateur à moins que ce prix ne soit clairement justifié; par exemple, le besoin de vendre un inventaire de denrées périssables.

Aux fins d'application de ces considérations, le coût variable moyen comprend le coût de la main-d'oeuvre, de l'énergie et des matériaux, les frais de promotion, la dépréciation de l'usine due à l'utilisation et tous les autres coûts qui varient selon les niveaux de production. Le coût total moyen est la somme des coûts variables moyens et des coûts fixes moyens, c'est-à-dire, les coûts associés aux investissements dans une usine, dans la machinerie et dans tout autre élément d'actif fixe lesquels ne varient pas avec le niveau de production. Lorsque c'est possible, l'analyse sera fondée sur une prévision raisonnable des coûts variables moyens, plutôt que sur la valeur comptable (valeur d'acquisition) des coûts moyens variables actuels. Cette distinction reconnaît que le prix peut quelquefois être inférieur aux coûts variables moyens pour des raisons imprévues, notamment une pénurie de matières premières

ou une grève d'employés. Certaines industries ont développé des méthodologies de coût qui identifient des coûts reliés aux prévisions tels que les coûts différentiels futurs. Quand c'est une norme acceptée dans l'industrie, le Directeur l'utilisera de préférence à la valeur comptable du coût variable moyen.

En ce qui concerne les prix fixés quelque part entre le coût total moyen et le coût variable moyen, la « zone grise », la conclusion du Directeur concernant leur caractère raisonnable dépendra des circonstances pertinentes. Ainsi, un prix dans la « zone grise » peut être tout à fait raisonnable quand la demande est en déclin ou quand il y a une capacité excédentaire importante sur le marché même si on établit que ce prix a un rapport avec la disparition du marché d'autres entreprises. D'autre part, un prix à l'intérieur de cette zone peut être considéré comme déraisonnable s'il est prouvé que l'accusé a ignoré les occasions d'augmenter les prix face à l'augmentation de la demande ou s'il y a des preuves directes de l'intention de l'entreprise de se servir des prix dans un but anti-concurrentiel.

Même si le plaignant peut apporter dès le début une preuve valable d'un comportement de prix d'éviction de la part du présumé prédateur (le Directeur reçoit fréquemment des listes de prix, des avis de changements de prix, des bulletins, etc.) et qu'il établit un lien avec sa propre structure de coûts, il est rare que le Directeur connaisse le lien exact qui existe entre les prix et les coûts du présumé prédateur. Pour cette raison, l'approche à deux étapes est particulièrement efficace pour déterminer lors de l'examen si les prix sont « déraisonnablement bas » en vertu de l'alinéa 50(1)*c)*. Cependant, lorsque la preuve recherchée lors de la première étape est insuffisante, cela ne signifie pas que le Directeur ne peut pas déduire la vraisemblance de prix « déraisonnablement bas » à partir d'un ensemble de circonstances incluant la preuve d'intention d'éviction ou la manière et l'étendue des pratiques de prix en vue d'éliminer ou d'exclure des concurrents.

2.3 « LA POLITIQUE DE VENTE »

Les facteurs mentionnés ci-haut ne sont pas suffisants pour permettre au Directeur de conclure qu'une infraction a été commise seulement parce que les prix du présumé prédateur sont « déraisonnablement bas ». Il doit de plus avoir la preuve que ce dernier s'est engagé dans une « politique de vente » à de tels prix.

À cet effet, le Directeur cherchera à établir la preuve que les présumés prix d'éviction ne sont pas des expédients[9] de courte durée pour faire face à la concurrence, que ces prix ne sont pas simplement des réactions défensives à des initiatives ou à des comportements de prix d'autres entreprises, ou qu'ils ne sont pas des faits préle-

9 C'est l'interprétation du terme « politique » utilisée par la Cour dans R. c. *The Producers Dairy Limited* (1966, non rapporté) Ont., C.A.

vés au hasard attribuables à des circonstances précises d'affaires qui peuvent survenir à n'importe quel moment sur le marché.

Le Directeur cherchera à établir la preuve qui lui permettra de déterminer si ces prix proviennent et font partie d'un programme délibéré d'établissement des prix sur le marché de la part de l'entreprise. Il cherchera également la preuve que ces prix sont en vigueur partout sur le marché mis en cause par la ou les entreprises plaignantes et pendant une période de temps suffisamment longue pour constituer une offre dans le contexte d'un marché donné.[10]

Ainsi, il est peu probable que des plaintes concernant un prix particulier appliqué à une ou à quelques transactions puissent satisfaire ce critère. De la même façon, les prix qui ont été pratiqués de façon générale sur un marché pendant une période de temps relativement courte ne sont ni vraisemblablement ni nécessairement qualifiés de « politique de vente » tel qu'évoqué à l'alinéa 50(1)*c)*. Par contre, dans les marchés au sein desquels le gros des achats est réalisé pendant une courte période de temps, tels que les marchés saisonniers, et ceux dont les appels d'offres, importants, mais rares, englobent la plus grande partie des transactions sur le marché, le Directeur peut très bien conclure que les prix appliqués pendant une courte période de temps peuvent être le reflet d'une « politique de vente », telle qu'évoquée dans la législation.

2.4 L'IMPACT SUR LA CONCURRENCE

Si, après examen, le Directeur conclut que le présumé prédateur s'est livré à une « politique de vente à des prix déraisonnablement bas », alors le Directeur évalue si le dernier élément pour qu'il y ait une infraction est présent. Tel que décrit dans la cause *Hoffman-La Roche*, la Cour a reconnu que l'analyse et la preuve pertinente de cet élément seront semblables à celles considérées lorsqu'il s'agit de déterminer si les prix sont déraisonnablement bas.

La législation interdit toute politique de prix déraisonnablement bas « ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet ». Ce passage de la Loi prévoit avec précision un certain nombre de scénarios distincts et différents qui seront étudiés par le Directeur en vue de trouver des réponses aux questions suivantes :

(a) Le comportement de prix a-t-il eu pour effet de sensiblement réduire la concurrence?

10 Dans la cause *Hoffman-La Roche*, la Cour a conclu que pour interpréter toute pratique de prix en tant que « politique de vente », il faut prouver qu'une telle pratique a été planifiée et menée de façon délibérée par des employés responsables dans l'entreprise.

(b) A-t-il eu pour effet d'éliminer un concurrent?
(c) Le comportement de prix a-t-il tendance à sensiblement réduire la concurrence?
(d) A-t-il tendance à éliminer un concurrent?
(e) Y a-t-il des preuves que le comportement de prix est ou était destiné à réduire sensiblement la concurrence ou à éliminer un concurrent?

En pratique, on pose les questions (a) et (b) lorsque les effets nuisibles sur l'économie d'un comportement de prix répréhensible ont déjà été démontrés et mesurés. Considérant la réduction sensible de la concurrence, le Directeur tente de confirmer que l'effet de la politique de prix est de préserver ou d'accroître le pouvoir de marché et qu'il y aura peu d'occasions de concurrence à l'avenir étant donné que les entraves à l'accès sont maintenues ou augmentées. En déterminant si un concurrent a été éliminé, le Directeur voudrait être convaincu que ce concurrent a quitté le marché ou qu'il n'est plus dans une position pour restreindre la capacité du présumé prédateur à accroître les prix.

On pose les questions (c) et (d) lorsqu'un comportement de prix répréhensible n'a pas été exercé pendant une période de temps suffisante pour provoquer pleinement ces effets. Le Directeur doit donc évaluer ce qui pourrait se produire à la longue.

La question (e) touche des situations où il y a preuve du désir ou de l'intention répréhensible de la part du présumé prédateur de poursuivre son comportement de prix. Pour ce faire, le Directeur examine une série de facteurs comprenant l'ampleur des réductions de prix et des pertes encourues de cette façon, l'absence de toute autre raison pour expliquer les réductions de prix et, la présence de preuves documentaires et orales qui décrivent l'intention du présumé prédateur d'exécuter ces actions. Cette information sera considérée conjointement avec une évaluation de la capacité d'une partie à réaliser un plan anti-concurrentiel. Par exemple, il est peu probable qu'on poursuive un examen quand la preuve suggère une intention de réduire la concurrence ou d'éliminer un concurrent mais qui n'est pas soutenue par un certain pouvoir de marché pour atteindre ces objectifs.

ANNEXE 1
ÉTUDES DE CAS

Les études de cas suivantes montrent comment le Directeur réagirait devant des situations hypothétiques en se basant sur les éléments clés exposés précédemment dans ces Lignes directrices. Suite à cette lecture, nous espérons que le lecteur comprendra mieux quand et pourquoi le Directeur prendra probablement des mesures pour appliquer la Loi dans des cas particuliers.

1ER CAS

SITUATION :

Un concurrent de la société A, un grossiste à l'échelle nationale d'une marque importante de produits électroniques destinés à la consommation, prétend que cette entreprise se livre à une politique de prix d'éviction en vue d'éliminer du marché un ou plusieurs de ses concurrents. Bien qu'il n'y ait aucun distributeur qui domine le marché, il existe plusieurs entreprises bien établies semblables à la société A, et l'une d'entre elles détient une part de marché de 35 pour 100. La société A, le troisième plus important distributeur, détient en ce moment 17 pour 100 du marché soit, une baisse d'environ 3 pour 100 au cours des deux dernières années.

Chaque distributeur de ces produits électroniques est une entreprise relativement importante, offrant une vaste gamme de produits électroniques sur le marché de détail. En aucun cas, ces produits comptent pour plus de 20 pour 100 de l'offre totale d'une entreprise donnée.

Chaque distributeur dispose d'un entrepôt régional, de centres d'expédition dans plusieurs villes canadiennes et emploie des représentants à commission sur le territoire de ventes.

La clientèle de ce marché est constituée de points de vente, passant du magasin de détail indépendant à la grande chaîne d'envergure nationale. Les diverses marques de produits qui se font concurrence, sont assez différentes quant à la forme et aux caractéristiques de fonctionnement du produit. Le principal facteur déterminant sur le plan de la demande demeure cependant le prix; c'est-à-dire que les décisions d'achat du détaillant face à des marques concurrentes, offrant plus ou moins les mêmes caractéristiques, sont avant tout basées sur le prix.

La société A, ayant eu connaissance de la plainte portée à l'attention du Directeur par un concurrent, lui a fourni des renseignements qui confirme une récente baisse importante de prix sur les produits électroniques en question. En matière de coûts,

la société A a fourni des renseignements qui démontrent que les prix réduits avaient toujours été supérieurs au coût total moyen de production. De plus, elle a fourni la preuve que l'effet à court terme de cette réduction de prix était de lui assurer une plus grande part de marché aux dépends de plusieurs de ses concurrents alors que certains d'entre eux avaient maintenu leur politique de prix.

DISCUSSION :

Les conditions à l'accès pour ce genre d'entreprises de distribution sont relativement faibles. Il n'existe pas d'entraves institutionnelles et les coûts irrécupérables ne sont pas un facteur important dans les études de coûts de démarrage que mènent les entreprises susceptibles de s'implanter sur le marché.

Aucune entreprise ne domine ce marché. Les acheteurs font preuve de peu de fidélité à une marque en particulier et seul le prix influence leur décision d'achat. Ils veulent et peuvent passer d'un fournisseur à l'autre avec un préavis raisonnablement court.

À la seule vue de l'évaluation du rapport prix/coût, le Directeur ne poursuivrait probablement pas l'examen de cette plainte. Même si les prix étaient dans la « zone grise » (zone de prix entre le coût total moyen et le coût variable moyen), il est peu probable que ce cas ait été poursuivi. Il n'y a aucune intention anti-concurrentielle évidente dans la conduite de la société A, qui, de toute façon, manque d'un pouvoir de marché important au niveau des produits et des prix avec une part de marché nettement au-dessous de 35 pour 100 et sur un marché dont l'accès est relativement facile.

À première vue, la politique de prix de la société A ressemble plutôt à une tentative pour récupérer la part de marché perdue en raison de la concurrence au niveau des prix dans un marché vigoureux et dynamique.

Bien que la politique de prix de la société A puisse entraîner une réduction du volume des ventes et des profits chez certains de ses concurrents, il ne semble pas que la mise en pratique de prix déraisonnablement bas entraînera vraisemblablement une réduction sensible de la concurrence ou l'élimination d'un concurrent.

Les données de base de cette étude de cas sont caractéristiques à de nombreuses plaintes qui parviennent chaque année au Bureau. Dans cette étude de cas, le comportement de prix de la société A représente exactement la forme de concurrence que le Directeur ne veut pas décourager en laissant sous-entendre qu'un tel comportement peut contrevenir aux dispositions de la Loi sur le prix d'éviction.

2E CAS

SITUATION :

La société A fabrique un produit vendu directement à d'importants grossistes desservant l'industrie de la construction domiciliaire. Il y a cinq ans, plusieurs fabricants de ce produit se partageaient le marché; aujourd'hui, il n'en reste plus que trois. Les sociétés B et C prétendent que la société A a commencé à utiliser une stratégie de prix d'éviction afin d'éliminer l'une ou l'autre du marché, ou les deux.

La société A est le plus important fabriquant du produit avec une part d'environ 40 pour 100 des ventes. Les sociétés B et C ont chacune d'entre elles une part d'environ 30 pour 100 des ventes.

Toutes les entreprises fonctionnent bien en deçà de leur capacité de production . La demande a chuté en raison de l'utilisation accrue de plusieurs produits facilement substituables. Ces produits substituts sont composés de matériaux différents et sont généralement moins dispendieux que ceux offerts par les trois sociétés.

Les conditions à l'accès dans cette industrie sont décrites comme étant relativement faciles. Les matières premières sont abondantes et disponibles à un prix déterminé par la concurrence. Les coûts irrécupérables ne constituent pas un facteur important puisque les capitaux utilisés dans le processus de production sont, dans la plupart des cas, d'usages multiples dans l'industrie. Il y a une faible différenciation des produits et aucune preuve d'un comportement stratégique de la part des entreprises en place.

Les prix dans cette industrie sont à la baisse depuis plus d'un an. Devant les volumes continuels de ventes perdues en faveur de produits facilement substituables, la société A a maintenant réduit ses prix à un niveau à peine supérieur à son coût total moyen. Dans une note de service à son personnel et dans une circulaire à sa clientèle, la société A a expliqué qu'elle diminuait ses prix afin que son produit soit «plus concurrentiel dans l'industrie de la construction ».

DISCUSSION :

Dans les circonstances, le Directeur ne considérera pas le prix de la société A comme étant déraisonnablement bas et ne poursuivra pas davantage l'examen ou l'enquête. Si la société A a réduit ses prix, c'est qu'elle cherchait manifestement à protéger sa part de marché qui s'érodait, non à la suite d'initiatives de commercialisation de ses concurrents directs, mais à la suite d'initiatives de commercialisation des fournisseurs de produits facilement substituables. En fait, la société A a adopté un comportement rationnel de minimisation de ses pertes. Même si ce comportement entraî-

nait la disparition de la société B ou C, le Directeur en arriverait à la conclusion que puisque les prix n'étaient pas déraisonnablement bas, rien ne justifirait donc la poursuite de l'examen.

3E CAS

SITUATION :

La société A est la plus importante de plusieurs sociétés intégrées verticalement offrant une gamme de produits semi-finis utilisés par de nombreux fabricants canadiens dans la production d'une grande variété de biens vendus sur les marchés de la consommation et industriel. La part de marché de cette entreprise dépasse les 40 pour 100 alors que celle de son plus proche rival est d'environ 12 pour 100. La part de marché de chacune des autres entreprises est inférieure à 10 pour 100.

Il y a eu une croissance régulière du marché chaque année et il est prévu que la demande, dans cette industrie, augmentera considérablement au cours des dix prochaines années. Étant donné l'absence de produits facilement substituables sur le marché, la plupart des entreprises songent à investir, au cours des deux prochaines années, dans l'expansion ou la modernisation de leurs installations de production .

Les sociétés intégrées verticalement contrôlent, pour la plupart, les sources d'approvisionnement en matières premières utilisées dans leurs procédés de production. En fait, leurs unités de fabrication sont perçues comme des clients captifs des matières premières qu'elles contrôlent et au niveau de ces matières premières, peu de tierces parties peuvent y faire affaires. L'équipement utilisé dans leurs procédés de production est hautement spécialisé et représente une part importante des coûts de démarrage et en conséquence, les coûts irrécupérables sont un facteur important d'implantation. De plus, les économies d'échelle jouent un rôle important sur le plan de la production. La plupart des participants à ce marché, mais non pas tous, profitent d'importantes économies d'échelle dans l'exploitation de leurs usines régionales.

En ce qui concerne la demande, le marché est caractérisé par de nombreux acheteurs, petits et importants, tous engagés dans la fabrication de produits finis. Les produits offerts par la société A et ses concurrents représentent des coûts d'intrants pour les acheteurs et ces derniers sont très sensibles aux variations de prix, lorsqu'ils choisissent leur fournisseur. À qualité égale, ils passeront d'un fournisseur à l'autre, même si le stimulant au niveau du prix est relativement faible. Une réduction de prix par une entreprise avait tendance, dans le passé, à être rapidement égalée par les autres fournisseurs. Il faut toutefois ajouter que les prix et les parts de marchés ont été plutôt stables ces derniers temps.

La société A a brisé cette stabilité en réduisant systématiquement ses prix de plus de 25 pour 100 sur tous ses produits. Deux de ses plus petits concurrents ont présenté individuellement une plainte au Bureau prétendant que l'objectif apparent de cette réduction de prix de la part de la société A visait à les écraser ou à les éliminer du marché, après quoi ils s'attendent à ce que les prix atteignent des niveaux supérieurs à ceux pratiqués avant la réduction. Chacun des plaignants avait sérieusement envisagé une expansion de leurs installations de production afin de réaliser possiblement les économies d'échelle dont jouissent les principales entreprises de cette industrie. Toutefois, en raison de la baisse sérieuse des prix survenue récemment, ces projets ont été remis à « plus tard ».

Selon les plaignants, les prix actuels sur le marché sont très près, sinon inférieurs, à leurs coûts variables moyens de production, et ils ont estimé que ces prix seraient sous le coût total moyen de toutes les entreprises, y compris ceux de la société A.

DISCUSSION :

Cette industrie se caractérise par des conditions à l'accès relativement difficiles et le présumé prédateur occupe une position dominante sur le marché. Il possède un pouvoir de marché qui lui permet d'exercer une forte influence sur la production et sur les prix de l'industrie. La réduction de prix exercée par la société A est contraire à ce qu'on pouvait prévoir face à l'augmentation de la demande du marché avec aucun motif extérieur pour déclencher ce comportement.

Ces seules raisons suffiraient au Directeur pour justifier un examen du rapport prix/coût de la société A. S'il a été déterminé, suite à un examen plus approfondi que les prix de la société A se situaient probablement dans la « zone grise » par rapport aux coûts, et en plus, si les renseignements disponibles tendaient à démontrer une intention de réduire la concurrence, le Directeur conclurait vraisemblablement que les prix de la société A sont « déraisonnablement bas ». Plus les prix se rapprochent du coût variable moyen de la société A, plus le Directeur aurait des motifs de les juger répréhensibles.

Cette étude de cas impliquent des décisions difficiles. Certains des effets sur le marché de ce comportement sur les prix se font déjà sentir puisque que deux concurrents, qui envisageaient une expansion, ont modifié leurs plans à la suite de ces prix sur le marché soudainement peu rentable. Si les prix devaient demeurer ainsi pendant une période de temps assez longue, il semble qu'une ou plusieurs entreprises pourraient être obligées de quitter ou d'abandonner le marché.

À cause du peu de chance d'une implantation rapide et efficace sur le marché, la possibilité de récupération des pertes pour la société A semble donc forte. Même si aucun concurrent n'est obligé de quitter le marché, le Directeur veut savoir si la société A a réduit les prix de cette manière comme un comportement stratégique ce qui illustrerait l'étendue de son pouvoir de marché. Si la société décidait, dans un avenir rapproché, de ramener ses prix à ceux d'avant la réduction ou même de les dépasser, elle pourrait déjà avoir préparé ses concurrents à accepter son rôle indiscutable de chef de file en matière de prix et les avoir dissuadés d'agrandir leurs installations, ce qui leur auraient permis d'être des concurrents plus efficaces à l'avenir.

Pour toutes ces raisons, le Directeur aurait des motifs raisonnables de commencer une enquête afin de déterminer les faits. Ceci impliquerait un examen minutieux des renseignements concernant le rapport prix/coût du présumé prédateur et de la preuve de l'intention anti-concurrentielle. Si on démontre que les prix sont au-dessous du coût variable moyen prévu ou du coût différentiel futur, alors on continuerait vraisemblablement d'examiner le cas. Si, d'un autre côté, on confirme que les prix sont dans la zone grise, le Directeur évaluerait la preuve directe et indirecte disponible de l'intention de nuire à la concurrence avant de continuer le cas.

ANNEXE 2
POUR COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX

Toute personne désirant communiquer avec le Directeur ou avec un membre du Bureau afin d'obtenir des renseignements d'ordre général, de déposer une plainte ou de demander un avis consultatif est priée de communiquer avec le bureau mentionné ci-après. De plus, on peut déposer une plainte auprès de l'un des bureaux régionaux ou des bureaux de district mentionnés ci-dessous.

Centre des ressources
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria, 21e étage
Hull (Québec)
K1A OC9

Téléphone : (819) 994-0798
Télécopieur : (819) 953-5013

FUSIONNEMENTS

Toute personne désirant obtenir des renseignements sur l'application des dispositions sur les fusionnements prévues par la Loi, y compris celles qui ont trait au dépôt d'un avis de transaction proposée, peut communiquer directement avec la Direction des fusionnements à l'adresse suivante :

Direction des fusionnements
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria, 19e étage
Hull (Québec)
K1A OC9

Téléphone : (819) 953-7092
Télécopieur : (819) 953-6169

Le Bureau recommande que les avis soient livrés par porteur.

PUBLICITÉ TROMPEUSE ET PRATIQUES COMMERCIALES DOLOSIVES

Toute personne désirant obtenir des renseignements d'ordre général ou déposer une plainte concernant les dispositions de la Loi portant sur la publicité trompeuse et les pratiques commerciales dolosives peut communiquer avec l'un des bureaux régionaux ou des bureaux de district mentionnés ci-dessous. Il est recommandé au public de téléphoner ou d'écrire au bureau le plus proche pour obtenir une réponse rapide. De plus, on peut écrire ou téléphoner au siège social de la Direction des pratiques commerciales dans la région de la Capitale nationale.

Administration centrale
Région de la Capitale nationale
Direction des pratiques commerciales
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) KIA OC9

Téléphone : (819) 997-4282
Télécopieur : (819) 953-2557

BUREAUX RÉGIONAUX ET DE DISTRICT

800, rue Burrard, bureau 1400
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6Z 2H8

Téléphone : (604) 666-8659
Télécopieur : (604) 666-5031

Édifice Oliver
10225, 100e Avenue
Edmonton (Alberta) T5J 0A1

Téléphone : (403) 495-2489
Télécopieur : (403) 495-2466

4900, rue Yonge, 6e étage
Willowdale (Ontario)
M2N 6B8

Téléphone : (416) 224-4065
Télécopieur : (416) 224-4687

Édifice Sam Livingston
510, 12e Avenue s.o., bureau 309
Calgary (Alberta) T2R 0H3

Téléphone : (403) 292-5608
Télécopieur : (403) 292-5188

260, rue St. Mary
Bureau 345
Winnipeg (Manitoba) R3C 0M6

Téléphone : (204) 983-5567
Télécopieur : (204) 983-3159

Édifice Fédéral
451, rue Talbot, bureau 300
London (Ontario) N6A 5C9

Téléphone : (519) 645-4119
Télécopieur : (519) 645-5114

69, rue John sud, 2e étage
Hamilton (Ontario)
L8N 2B9

Téléphone : (416) 572-2873
Télécopieur : (416) 572-4216

Complexe Guy-Favreau
200, boul. René-Lévesque ouest
Bureau 502, tour est
Montréal (Québec)
H2Z 1X4

Téléphone : (514) 283-7712
Télécopieur : (514) 283-3096

112, rue Dalhousie, 3e étage
Québec (Québec)
G1K 4C1

Téléphone : (418) 648-3939
Télécopieur : (418) 648-4120

50, rue Brown
C.P. 38001
Parc industriel Burnside
Dartmouth (Nouvelle-Écosse)
B3B 1X2

Téléphone : (902) 426-6002
Télécopieur : (902) 426-4536